

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**“CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA EN
EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL”**

**Tesis de grado para optar al título de
Licenciado en Derecho**

Cristian Ocampo Vargas

2002

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACIÓN**

San José, 19 de agosto del 2002.

Dr.
Rafael González Ballar
Decano, **FACULTAD DE DERECHO**

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del estudiante:

OCAMPO VARGAS CRISTIAN

Titulado: "CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL" fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente: **DRA. ISABEL MONTERO MORA**
Secretario: **LIC. LUIS ALBERTO VIQUEZ ARIAS**
Informante: **DR. JOSE MANUEL ARROYO GUTIERREZ**
Miembro: **LICDA. NORMA ARGUELLO PEREZ**
Miembro: **LIC. GONZALO MONGE NUÑEZ**

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día viernes 30 de agosto del 2002, a las 18:00 p.m.horas.

Atentamente,


DR. DANIEL GADEA NIETO
DIRECTOR
AREA DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE DERECHO



Señor:
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

En mi condición de **DIRECTOR** del Trabajo Final de Graduación para optar al Título de Licenciado en Derecho, elaborado por el estudiante **CRISTIAN ALBERTO OCAMPO VARGAS**, carné 975286, intitulado “**CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**” le informo que he leído en forma detallada su contenido, considerando que el mismo cumple con todas las exigencias de fondo y forma requeridas por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho, por lo que expreso mi conformidad.

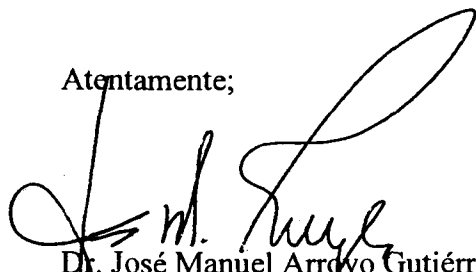
Dicho trabajo representa un aporte valioso para el Derecho Procesal Penal costarricense, por cuanto esquematiza en forma detallada la dispersión normativa y jurisprudencial que existe en nuestro país del tema de la Cadena de Custodia de la Evidencia.

Su enfoque, principalmente jurídico, complementa en buena forma los estudios de orden criminalístico que a la fecha se han desarrollado y nos permite tener una panorámica amplia y apegada a la práctica judicial en cuanto al trato procesal del materia probatorio.

La investigación pretende resaltar la importancia que reviste el adecuado manejo de la evidencia para el actual esquema de administración de justicia penal, por ser éste uno de los aspectos más vulnerables ante la eventual violación de derechos fundamentales.

Por las razones expuestas me complace particularmente tener la oportunidad de otorgar mi aprobación para que éste trabajo pase a su etapa de réplica.

Atentamente;



Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez
Director de Tesis



Dra. Isabel Montero Mora
ABOGADA - NOTARIA
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
TEL/FAX: 450-0113
NARANJO, ALAJUELA, C. R.

San José, 15 de Julio del 2002

Señor:
Doctor Daniel Gadea Nieto
Director del Area de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director

En mi calidad de Lectora del Trabajo Final de Graduación intitulado "CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL", realizado por el estudiante CRISTIAN OCAMPO VARGAS, carné 975286, para optar al grado de Licenciado en Derecho, me permito hacer de su conocimiento, una vez analizado minuciosamente el presente estudio, que el mismo cumple con todos los requisitos de fondo y forma requeridos y por lo tanto expreso mi aprobación.

Este trabajo ha sido elaborado con gran esfuerzo y con un arduo análisis de doctrina, legislación y jurisprudencia, por lo que constituye un importante y serio aporte para el Derecho en general y especialmente para el Derecho Penal, además de constituirse en un valioso instrumento de análisis que es útil para comprender en toda su dimensión el tema tratado.

Atentamente,

DRA. ISABEL MONTERO MORA
Lectora de Tesis

San Ramón, 23 de julio de 2002

Señor:

Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Area de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

En mi condición de Lector del Trabajo Final de Graduación para optar al Título de Licenciado en Derecho, elaborado por el estudiante CRISTIAN ALBERTO OCAMPO VARGAS, carné 975286, intitulado "CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL" le informo que luego de haber leído en forma detallada su contenido, considero que el mismo cumple con todas las exigencias de fondo y forma requeridas por el Area de Investigación de la Facultad de Derecho, por lo que expreso mi aprobación y muestro mi total conformidad con el mismo.

Dicho estudio viene a satisfacer un vacío doctrinario que existía en cuanto al tema, dado que los pocos análisis efectuados a la fecha se habían limitado al ámbito estrictamente criminalístico, dejando de lado el punto de vista jurídico.

A su vez, constituye un importante complemento jurisprudencial, que recoge los criterios vertidos por nuestros más altos tribunales, para esquematizarlos en una serie de postulados que permiten tener una visión más amplia y apegada a la práctica judicial.

En definitiva, se trata de una investigación seria, desarrollada con mucho esfuerzo y dedicación, que abarca el enfoque legal, doctrinario y jurisprudencial, por lo que estoy seguro constituirá un aporte valioso para el Derecho Procesal Penal costarricense.

Atentamente;


Lic. Luis Alberto Viquez Arias
Lector de Tesis

DEDICATORIA

A mis queridos padres:

Que con humildad, honradez, vitalidad y un laborioso esfuerzo me han brindado su brazo firme y voz de aliento para seguir siempre adelante. Gracias por ser mi fuente de inspiración para alcanzar las metas propuestas. A ustedes les debo todo lo que soy. Que Dios me los conserve por siempre. Los amo...

Cristian

AGRADECIMIENTOS

- Al Doctor José Manuel Arroyo Gutiérrez, quien como Director de esta Tesis de Grado, siempre mostró su interés en el desarrollo de la misma y me brindó valiosas observaciones, basadas en su dedicado estudio y amplia experiencia, que sin duda alguna enriquecen el texto de esta investigación.
- A la Licenciada Isabel Montero Mora y al Licenciado Luis Alberto Víquez Arias, quienes como lectores de esta Tesis y ex profesores, siempre me prestaron su atención y valiosos aportes, así como ejemplo constante de dedicación en el análisis jurídico y desarrollo humano.
- A Gloriela Quesada Quesada, quien me brindó su ayuda constante y apoyo desinteresado para tratar de alcanzar siempre el éxito.

INDICE	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
TÍTULO PRIMERO: LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	14
Capítulo Primero: Aspectos Generales de la Prueba Penal	15
Sección I: Conceptos y Elementos de la Prueba Penal	16
A. Concepto.....	16
B. Elementos.....	23
1. Elementos de prueba en sentido estricto	23
a. Objetividad.....	24
b. Legalidad.....	24
c. Pertinencia.....	26
d. Relevancia.....	28
2. Objeto de Prueba.....	28
3. Órganos de Prueba.....	32
4. Carga de la Prueba.....	37
5. Medios de Prueba.....	41
a. Concepto.....	41
b. Tipología.....	45
i. La Inspección y Registro del Lugar del Hecho.....	47
ii. La Requisa.....	60
iii. Levantamiento e Identificación del Cadáver.....	64

iv. El Allanamiento.....	67
v. La Pericia.....	77
vi. El secuestro.....	88
c. Importancia del Secuestro para la Cadena de Custodia de la Evidencia.....	93
C. Clasificación.....	96
1. Prueba Directa.....	96
2. Prueba Indirecta.....	98
a. Los Indicios.....	99
3. Prueba Personal.....	107
4. Prueba Real.....	108
a. Requerimiento de Custodia y Conservación de la Prueba Real	108
5. Otras Clasificaciones.....	110
a. Prueba Preconstituida y Prueba Concluyente.....	110
b. Prueba Genérica y Prueba Específica.....	111
c. Prueba de Cargo y Prueba de Descargo.....	113
d. Clasificación de las Pruebas en Atención a su momento de Obtención.....	115
e. Las Pruebas Artificiales.....	116
Sección II: La Actividad Probatoria.....	117
A. Concepto.....	117

B. Momentos de la Actividad Probatoria.....	119
1. Momento de Producción de la Prueba.....	120
2. Momento de Recepción de la Prueba.....	122
3. Momento de Valoración de la Prueba.....	126
C. Sistemas de Valoración de la Prueba.....	130
1. Sistema de Prueba Legal.....	131
2. Sistema de Intima Convicción.....	132
3. Sistema de la Libre Convicción o de la Sana Crítica.....	134
Capítulo Segundo: Los Principios Procesales.....	138
Sección I: Principios Fundamentales del Proceso Penal.....	139
A. Principio de Oficialidad.....	139
B. Principio de Verdad Real.....	142
C. Principio de Inviolabilidad de la Defensa.....	147
Sección II: Principios Procesales de Importancia Probatoria.....	153
A. Principios que informan el actual Código Procesal Penal.....	153
1. Principio de Legalidad.....	154
2. Principio de Objetividad.....	157
3. Estado de Inocencia.....	159
4. Saneamiento de Defectos Formales.....	161
B. Principios Procesales Probatorios en Sentido Estricto.....	164

1. Principio de Inmediación.....	164
2. Libertad de los Medios de Prueba.....	169
3. Principio de Comunidad de la Prueba.....	172
4. Principio de Contradicción.....	174
5. Principio de Formalidad y Legitimidad de la Prueba.....	175
6. Principio de Pertinencia e idoneidad de la Prueba.....	179
TÍTULO SEGUNDO: CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA.....	182
Capítulo Primero: Requerimiento de Custodia en el Manejo de la Evidencia.....	183
Sección I: Aspectos Generales de la Cadena de Custodia.....	184
A. Concepto e Importancia Procesal.....	184
B. Fundamento Constitucional.....	192
C. Naturaleza Jurídica.....	201
D. Partícipes en el Manejo de la Evidencia.....	204
E. La Evidencia.....	208
1. Concepto.....	208
2. Clasificación.....	210
3. Admisibilidad de la Evidencia.....	212
F. La Escena del Crimen.....	214
1. Concepto Restringido.....	215
2. Concepto Amplio.....	216

Sección II: Pasos que Implica la Custodia de la Evidencia.....	219
A. Llegada del Primer Oficial a la Escena del Crimen.....	219
1. Precisión de la Hora.....	228
2. Llegada a la Escena del Crimen.....	229
3. Notificación a las Autoridades Competentes.....	231
4. Protección y Conservación de la Escena del Crimen.....	236
5. Identificación de Testigos.....	239
B. Observación, Hallazgo y Fijación del Lugar de los Hechos.....	240
C. Extracción y Manejo Evitado de Contaminación.....	249
1. En la Escena del Crimen.....	249
a. Autorización del Organo Competente.....	251
b. Respeto a las Formalidades.....	255
c. Manipulación Técnica.....	259
d. Embalaje.....	262
e. Identificación.....	266
f. Transporte.....	270
2. En Sede Policial.....	272
3. En Sede Jurisdiccional.....	282
a. Manejo de la Evidencia por parte del Ministerio Público.....	283
b. Manejo de la Evidencia por el Juez del Procedimiento Intermedio.....	292
c. Manejo de la Evidencia por el Tribunal de Juicio.....	293
D. Manejo Procesal Final de la Evidencia.....	298

1. Evidencia que debe ser Custodiada.....	310
2. Evidencia que debe ser Entregada.....	310
3. Evidencia que debe ser Destruída.....	312
4. Evidencia que no debe Restituirse o ser Destruída.....	319
Sección III: Trato Jurisprudencial de la Cadena de Custodia.....	320
A. Importancia Procesal.....	320
B. Admisibilidad del Reclamo.....	322
C. Fases.....	324
D. Magnitud del Quebranto.....	325
E. Importancia de las Formalidades en el Manejo de la Evidencia.....	330
F. ¿Se Presume el Respeto de la Cadena de Custodia?.....	331
G. La Policía Administrativa.....	332
H. Deber de Fundamentar la Violación de la Cadena de Custodia.....	333
I. Examen de la Evidencia.....	334
J. Transcurso del Tiempo.....	336
K. Resguardo de la Calidad y la Cantidad de la Evidencia.....	337
Capítulo Segundo: Cadena de Custodia de la Evidencia y su Relación con la	
Prueba Ilícita.....	341
Sección I: De la Prueba Ilícita.....	342
A. Concepto.....	342

1. Concepto Restringido.....	331
2. Concepto Amplio.....	332
B. Tipos.....	334
1. Prueba Ilícita Directa.....	335
2. Prueba Ilícita Indirecta.....	337
a. Doctrina de los Frutos del Arbol Envenenado.....	339
b. La Excepción de la Fuente Independiente.....	340
c. La Excepción del Descubrimiento Inevitable.....	341
d. La Teoría de la Supresión Hipotética de la Prueba.....	342
C. Aplicación Jurisprudencial.....	344
Sección II: Posibilidad de Conceptualizar la Violación de la Cadena de Custodia como Fuente de Ilícitud de la Prueba.....	347
A. El Artículo 181 del Código Procesal Penal.....	347
B. Fundamentación Lógica.....	351
Capítulo Tercero: Regulación Normativa y Aplicación Práctica.....	355
Sección I: Antecedentes.....	356
A. Disposiciones del Código de Procedimientos Penales.....	356
B. Normativa de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial.....	361
C. Régimen Sancionatorio.....	365

Sección II: Vigencia Práctica	369
A. Cadena de Custodia y su relación con la Actividad Procesal Defectuosa.....	369
B. Aplicación Práctica.....	377
1. Año 1999. Sala Tercera de la Corte.....	378
2. Año 2000. Sala Tercera de la Corte.....	381
3. Año 2001. Sala Tercera de la Corte.....	383
4. Años 1999 – 2001. Tribunal Superior de Casación Penal.....	386
D. Análisis de los Resultados.....	389
CONCLUSIÓN GENERAL	398
BIBLIOGRAFÍA	420
Anexo No. 1. Fórmula F23.....	439
Anexo No. 2. Boleta de Identificación de la Evidencia.....	440
Anexo No. 3. Cadena de Actuaciones.....	441

FICHA BIBLIOGRÁFICA:

OCAMPO VARGAS, Cristian. **“CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL”**. Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2002.-

DIRECTOR: Dr. José Manuel Arroyo Gutiérrez.

LISTA DE PALABRAS CLAVES: Prueba, medios de prueba, elementos de prueba, actividad probatoria, principios procesales, cadena de custodia, evidencia, primer oficial, hallazgo, embalaje, identificación, transporte, escena del crimen, prueba ilícita, actividad procesal defectuosa.

RESUMEN DEL TRABAJO:

Se propone resaltar la importancia que reviste para un adecuado sistema de administración de justicia penal, el que todos los operadores del derecho conozcan y respeten los pasos que conlleva la cadena de custodia de la evidencia, dadas sus implicaciones jurídicas a la luz del nuevo Código Procesal Penal.

El análisis del tema toma como base la teoría de la prueba penal, complementada con los principios procesales probatorios. El desarrollo concreto se analiza en especial desde un punto de vista jurídico, sin dejar de lado los requerimientos de orden técnico. Se enfoca el quebranto en la custodia de la prueba en atención al desarrollo que se le ha dado a la doctrina de la prueba ilícita, comparando la actual normativa procesal penal, con el anterior Código de Procedimientos Penales, la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y algunas directrices emitidas por

la Fiscalía General de la República. Finalmente, se hace un estudio jurisprudencial, esquematizando en forma temática el trato que se le ha dado al tema.

La debida custodia del dato probatorio se justifica por el hecho de que la actual normativa procesal penal considera como prueba susceptible de ser valorada en sentencia, aquella que es evacuada durante el desarrollo del juicio oral y público. Por tal razón, dicha evidencia debe canalizarse a lo largo del proceso respetando los requisitos legales y formalidades técnicas que permitan verificar en juicio su integridad y veracidad probatoria, so pena de ser declaradas ilícitas por violación al principio del debido proceso. No obstante lo anterior, se constatan prácticas inadecuadas en el manejo de la evidencia, como lo es el cúmulo de potestades conferidas a la Policía Judicial en la manipulación mutuo propio de la evidencia física. Del estudio normativo se desprenden inconsistencias y omisiones que denotan una regulación deficiente. En efecto, mucha de las normas de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial relacionadas con este tema, son repetitivas de las disposiciones genéricas del Código Procesal Penal, por lo que se obvian algunas de las etapas de la cadena de custodia en cuanto a su regulación legal se refiere, además un gran número de las disposiciones técnicas y específicas en cuanto al manejo de la evidencia, se encuentran plasmadas únicamente en circulares del Ministerio Público o en acuerdos del Consejo Superior de la Corte. Con base en el estudio jurisprudencial, se verifica que el sistema de administración de justicia penal costarricense, no garantiza el debido control técnico - legal de la cadena de custodia, pese a que se reconoce el principio de legitimidad de la prueba como constitutivo del debido proceso, ya que es común que se subsanen los vicios originados por el quebranto en la integridad de la prueba, con base en la teoría de la supresión hipotética o en criterios indeterminados como el de violación mínima o la buena fe.

INTRODUCCIÓN

La promulgación de una nueva normativa, es sin duda una fuente innegable de conocimiento jurídico que surge para el análisis de los doctrinarios. Los temas que pueden ser analizados son de la más variada índole, algunos estrictamente de orden jurídico y otros que combinan otras ramas de conocimiento, como la criminalística o la sociología.

Para el caso costarricense, la promulgación del nuevo Código Procesal Penal constituye un avance importante en el desarrollo de la Administración de Justicia penal, ya que resalta el respecto de los derechos fundamentales y los coloca como eje central dentro del nuevo esquema de Administración de Justicia.

Este cambio de normativa es sin lugar a dudas una de las principales motivaciones para el análisis de la cadena de custodia de la evidencia, dado que se involucran una serie de factores que conjuntamente vienen a destacar la importancia que reviste este tema procesal para lograr la necesaria demostración de culpabilidad que exige el orden constitucional.

En este sentido, es de destacar la dinámica que adquieren los principios procesales, en especial el Principio del Debido Proceso. Parte constitutiva de dicho principio lo es el legítimo manejo procesal de la evidencia, que ha dado pie al desarrollo de la temática tanto de la cadena de custodia como de la prueba ilícita, entre otros.

Es precisamente la necesidad de buscar, recabar, empacar, transportar, analizar y conservar en forma legítima la evidencia que arroja la escena del crimen, a fin de garantizar el descubrimiento de la verdad real, y dar cumplimiento a los postulados constitucionales en torno al debido proceso y en general a un juicio justo, lo que hace del tema de la cadena de custodia un instituto fundamental dentro del nuevo esquema procesal penal, la cual se constituye a su vez, como la vía legítima para hacer llegar al proceso los objetos de prueba que permitan establecer mediante una relación de causalidad e imputabilidad, el ligamen que une al encartado con las evidencias recogidas en la escena del crimen.

La importancia procesal de la cadena de custodia, radica entonces en el grado de certeza jurídica que ésta pueda generar. Ya que si se acredita en juicio que la prueba encontrada en el lugar de los hechos vincula la acción criminal desplegada con el imputado y la víctima, la misma servirá para sustentar el fallo de condena.

Además, el tema adquiere relevancia hoy en día, si tomamos en cuenta la intención del legislador en el nuevo Código Procesal Penal, de que la evidencia recogida en la escena del crimen se mantenga intacta -ajena de toda contaminación- para que la valoración de la misma se lleve a cabo en el debate, logrando así una apreciación directa e inmediata por parte de los sujetos procesales.

El grado de importancia de la cadena de custodia se acentúa al establecerse que la misma es parte del debido proceso, cuando ésta se relaciona con un elemento esencial para la sentencia, en el sentido de que la ausencia de tal elemento de prueba torna imposible la atribución de un hecho al imputado.

Desde esta perspectiva, al igual que se utilizan muchas técnicas de indagación, para determinar si un testigo dice la verdad, lo propio es darle importancia al tema de la cadena de custodia de la evidencia, ya que a través de ésta se puede establecer si el significado que arroja el material probatorio es verás y puede ser utilizado para fundamentar el fallo.

Pese a lo anterior, el desarrollo doctrinario, jurisprudencial e incluso legislativo, no ha sido muy elaborado en cuanto a este tema, evidenciándose la falta de interés al respecto, lo cual resulta ser contraproducente si se toma en cuenta que en gran parte de los delitos hay intervención de evidencia física que requiere ser custodiada, siendo ésta en grado de importancia, igual o superior en algunos casos a la prueba documental o testimonial.

Es importante recalcar que la investigación criminal que se desarrolla en la escena del crimen, tiene como fin primordial determinar qué sucedió con anterioridad al arribo de la autoridad judicial al lugar de los hechos, por lo que la validez formal de tal reconstrucción dependerá en gran medida del rigor científico seguido en las técnicas de recopilación de los indicios materiales, procedimiento

éste que debe ajustarse además a las exigencias legales previstas como garantías procesales y que en caso de incumplimiento, podrían hacer inocua toda una labor investigativa.

En el ámbito jurisprudencial, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en varias oportunidades la importancia que reviste para el correcto funcionamiento del sistema penal el adecuado manejo de la evidencia, por parte no sólo de la policía, sino por todos aquellos funcionarios judiciales que de alguna u otra forma tienen un contacto directo con la evidencia que ha sido recolectada en la escena del crimen, o bien, secuestrada en otros lugares.

Todo esto viene a justificar, en gran medida, la importancia de un estudio jurídico del tema, ya que los pocos análisis que se han hecho del mismo, en la mayoría de los casos, han tenido un carácter meramente descriptivo, como parte de manuales de investigación criminal. Sin embargo, lo cierto es que existe la necesidad de un estudio que tome en cuenta la cadena de custodia, no como parte de las técnicas criminalísticas, únicamente, sino como parte del Debido Proceso en un sistema de Derecho.

La motivación anterior, se traduce en el planteamiento de una serie de objetivos que permitirán delimitar el rumbo de la presente investigación, dada la amplitud del tema en estudio.

Como objetivos generales se tiene los siguientes:

- a) Analizar los nuevos requerimientos que exige el actual Código Procesal Penal en cuanto a la custodia de la evidencia, a fin de compararlos con la regulación que existía en el anterior Código de Procedimientos Penales y en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, para así determinar si se le da un trato legal adecuado al tema.
- b) Desarrollar y estudiar el tema del manejo de la evidencia desde un punto de vista legal (trato doctrinario, legal y jurisprudencial), y no desde un punto de vista criminalístico (técnicas de investigación policial).
- c) Establecer la relación doctrinal que existe entre la custodia de la evidencia y la teoría de la prueba penal (concepto, clases, actividad probatoria, objeto de prueba, medio de prueba, órgano de prueba, evidencia, prueba indiciaria, escena del crimen, etc.)
- d) Analizar y esquematizar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que giran en torno al tema.
- e) Establecer la relación que tiene la cadena de custodia de la evidencia con la licitud de la prueba.
- f) Resaltar la importancia que tiene la cadena custodia como parte del debido proceso.

- g) Determinar la concordancia que existe entre el correcto manejo de la evidencia y los principios que informan la nueva normativa procesal penal, así como los principios referentes a la prueba penal.

Como objetivos específicos se han determinado:

- a) Establecer los pasos que contempla la cadena de custodia en concordancia con la nueva normativa procesal penal.
- b) Determinar los deberes y facultades que le corresponde al Juez del Procedimiento Preparatorio e Intermedio, así como al Ministerio Público y a la Policía Judicial y Administrativa, en la recolección, manipulación y custodia de la evidencia.
- c) Establecer las repercusiones de una correcta o incorrecta manipulación de la evidencia, para efectos de la valoración posterior en el debate.
- d) Determinar los alcances de las potestades con que cuenta la policía judicial para el procesamiento de la evidencia que se extrae de la escena del crimen.
- e) Establecer la relación que existe entre la cadena de custodia de la prueba y la actividad procesal defectuosa.
- f) Estudiar el trato que se le ha dado al tema por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Casación Penal.

- g) Determinar cuáles son las principales causas por las cuales se rompe la cadena de custodia y se “contamina” la evidencia, a fin de buscar soluciones a los mismos y así evitar la eventual ilicitud de la prueba.
- h) Analizar la Teoría de la Prueba Ilícita, partiendo de su misma concepción, a fin de estudiar la posibilidad de dejar de lado el concepto tradicional y adoptar una nueva definición que tome en cuenta toda violación constitucional en el manejo de la prueba como supuesto de ilicitud, esto es, sin tomar en cuenta únicamente el medio ilícito como parámetro para determinar si nos encontramos frente a una prueba ilícita o no.
- i) En correspondencia con lo anterior, se pretende analizar el contenido del artículo 181 del Código Procesal Penal, y determinar si conforme a su redacción se podría admitir dentro la doctrina de la prueba ilegal (ilícita o ilegítima como se le llama) la violación de la cadena de custodia de la evidencia.
- j) Hacer un estudio jurisprudencial del tema y tratar de establecer disfunciones de nuestro sistema de administración de justicia penal en cuanto al manejo de la evidencia se refiere.

Esto último da pie, precisamente, al planteamiento de la hipótesis principal abordada a lo largo del estudio, cual es que en nuestro sistema de Administración de Justicia Penal, no existe el adecuado control y regulación técnico – legal de la

cadena de custodia de la evidencia, pese a que se reconoce, entre muchos otros, el principio de legalidad y legitimidad de la prueba como constitutivo del debido proceso.

El marco legal sólo brinda lineamientos generales para garantizar el resguardo de la cadena de custodia, y no es sino con las técnicas y métodos de investigación criminal que se puede determinar en forma efectiva si la evidencia por resguardar ha sido objeto de contaminación, daño o alteración alguna.

De esta forma, el estudio y análisis de la cadena custodia no puede limitarse únicamente al trato legal del tema, sino que, es indispensable a su vez, una investigación que tome en cuenta el sistema de administración de justicia penal, descrito en gran medida a través del desarrollo jurisprudencial.

Además, si se parte de que el manejo evitado de contaminación de la evidencia es una obligación de todos los funcionarios, que de una u otra forma, tienen un contacto directo o indirecto con la evidencia, es indudable que cualquier insuficiencia, en cuanto al manejo de la misma, no le puede ser atribuida únicamente a la normativa procesal, sino que es una deficiencia que puede provenir del sistema en sí, sumado a una inadecuada regulación legal, administrativa y jurisprudencial.

Sin embargo, el punto radica en reconocer el objetivo principal de la investigación criminal, relacionándolo con la importancia que representa la

evidencia para el desarrollo y conclusión del proceso penal en función del descubrimiento de la verdad histórica.

La investigación criminal gira en torno a dos objetivos fundamentales: la reconstrucción de la dinámica de los hechos y la identificación de los autores y partícipes. Para comprobar estos objetivos, es indispensable no sólo una investigación exitosa que reúna todos los elementos de juicio posibles, sino que, tanto la reconstrucción de los hechos como la identificación de los autores y partícipes debe ser probada en debate, para lo cual, todos los elementos probatorios deben guardar su significado original si es que quieren servir de base para la fundamentación fáctica y probatoria del juez.

Por ello, la función de la cadena de custodia de la evidencia no se limita a la conservación del material probatorio, sino que, lo que en definitiva se resguarda, es su significado, el cual deberá ser transmitido al juzgador mediante explicaciones que, por lo general, provienen de peritos que han hecho un análisis de la evidencia para extraer un significado o explicación que permita establecer la relación de causalidad entre el indicio recogido, la escena del crimen, la víctima y el presunto culpable.

Partiendo de esta premisa que establece como objetivo esencial de la cadena de custodia el resguardo del significado que la evidencia encierra, surge la importancia de un sistema judicial que garantice efectivamente la autenticidad y,

por ende, legitimidad del material probatorio que es incorporado al juicio como prueba susceptible de valoración.

No obstante, pese a lo anterior, es común observar prácticas judiciales inadecuadas respecto al manejo de la evidencia que ponen en total peligro el significado de la misma y, más aún, que no permiten un verdadero ejercicio del derecho de defensa, colocando al presunto culpable en un total estado de indefensión. Tal es el caso de las razones de recibido que consignan los escribientes luego de manipular la evidencia, el cúmulo de facultades que se le han otorgado a los funcionarios de la policía administrativa y judicial en cuanto al procesamiento mutuo propio de la escena del crimen, las órdenes de destrucción del dato probatorio cuando éste aún era útil para el proceso, la custodia de la evidencia en los escritorios de los mismos funcionarios de los despachos judiciales, etc.

Esto nos hace pensar sobre las medidas que se están tomando en las distintas instancias judicial encargadas de la Administración de Justicia Penal, en lo que respecta al resguardo de la evidencia, y si el sistema judicial realmente garantiza mecanismos de control técnicos y legales que procuren la legitimidad de la prueba, o bien, que al menos entablen las responsabilidades de las persona que en forma dolosa, imprudente o negligente, han contaminado la misma.

Ahora bien, para el desarrollo de este trabajo, el método de estudio empleado lo será el hipotético deductivo, abordando como hipótesis la ya indicada, que se pretende demostrar, o bien descartar, a partir del análisis general del tema, que inicia con el estudio de la prueba penal en general y concluye con los resultados que se desprenden del análisis jurisprudencial. También se hará uso en parte del método comparativo, abordando como puntos de referencia el anterior Código de Procedimientos Penales y la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial en relación con la nueva normativa procesal penal.

Tomando en cuenta el método principal a utilizar, el presente estudio se encuentra estructurado en dos títulos.

El primero de ellos se dedica al desarrollo legal, doctrinario y jurisprudencial de la prueba penal. Este título, presente a su vez dos capítulos. El capítulo primero denominado "Aspectos generales de la prueba penal" aborda el concepto de prueba penal, sus elementos, los medios de prueba y clasificaciones más comunes, esto en su sección I; la actividad probatoria es desarrollada en la sección II. El capítulo segundo se denomina "Los principios procesales" y se dedica al estudio de los principios fundamentales en que se inspira el actual Código Procesal Penal (sección I) y a la observancia particular de los principios procesales de importancia probatoria, relacionados con la cadena de custodia de la evidencia (sección II).

El título segundo se centra al análisis particular de la cadena de custodia de la evidencia. Éste se encuentra estructurado en forma asimétrica en tres capítulos. El primero de ellos, denominado “Requerimiento de custodia en el manejo de la evidencia” toma en cuenta el concepto e importancia procesal de la cadena de custodia, el fundamento constitucional en que se apoya, su naturaleza jurídica, los partícipes en el manejo de la evidencia, y el estudio mismo de lo que es la evidencia y la escena del crimen. Para la sección II, se hace una recapitulación de los pasos que implica la custodia de la evidencia, como lo es la llegada del primer oficial en la escena del crimen, la observación, hallazgo y fijación del lugar de los hechos, la extracción y manejo evitado de contaminación, tanto en la escena del crimen como en sede policial y jurisdiccional, y finalmente, se toma en cuenta el manejo procesal final de la evidencia. En la sección III, se hace una sistematización temática del trato jurisprudencial que ha recibido la cadena de custodia de la evidencia.

El capítulo segundo, lleva por nombre “Cadena de custodia de la evidencia y su relación con la prueba ilícita”, en él se desarrolla la concepción restringida y amplia que tanto la doctrina como la jurisprudencia le han dado a la prueba ilícita, su tipología y aplicación jurisprudencial; esto en la sección I. En la sección siguiente se analiza la posibilidad de conceptualizar la violación de la cadena de custodia como fuente de ilicitud probatoria a partir de una fundamentación lógica del artículo 181 del Código Procesal Penal.

“Regulación normativa y aplicación práctica” es la denominación del capítulo final. En él se hace una comparación de las disposiciones normativas del anterior Código de Procedimientos Penales y de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, como antecedentes al actual Código Procesal Penal, en lo que al manejo de la evidencia se refiere, así como el régimen sancionatorio aplicable. En la sección II, se analiza la relación existente entre la cadena de custodia de la evidencia y la actividad procesal defectuosa, se plasman los resultados de un estudio jurisprudencial del tema comprendido entre los años 1999 al 2001 y se analizan sus resultados.

No se omite en indicar que la amplitud del tema permitiría hacer un estudio más amplio, por lo que se es consciente de que muchos aspectos relacionados con la cadena de custodia de la evidencia no son abordados a lo largo de la presente investigación, sin embargo, por ahora basta resaltar la importancia que reviste el tema de la cadena de custodia para el correcto funcionamiento de nuestro sistema de administración de justicia penal a la luz del actual Código Procesal Penal, lo que amerita un despertar en el desarrollo doctrinario, legal y jurisprudencial de este instituto jurídico.

TÍTULO PRIMERO

LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

CAPÍTULO PRIMERO: Aspectos generales de la prueba penal

El estudio del tema probatorio implica, necesariamente, si se parte de un método deductivo, dedicar parte del análisis a los aspectos generales de la prueba, desarrollados como teoría general de la misma, y que constituyen la base teórica necesaria para profundizar en un tema específico, como lo es la cadena de custodia de la evidencia.

En razón de lo anterior, el desarrollo de este capítulo se dedicará en una primera sección al concepto de la prueba, tanto considerada en términos generales, como en lo que respecta a la prueba penal en particular; a su vez, se estudiarán los elementos que la componen, y las clasificaciones más comunes que de ella se han dado. En la segunda sección, se abordará el tema de la actividad probatoria, la que implica el estudio de los “momentos”, -ya sea de producción, recepción, o valoración de la prueba- por los cuales discurre el material probatorio durante el proceso penal. Finalmente, y como parte del momento de valoración de la prueba, se tomarán en cuenta los sistemas de valoración, empleados históricamente por parte del juez para utilizar el material probatorio incautado como fundamento de su sentencia.

Sección I: Concepto y elementos de la prueba penal

A. Concepto

Por mandato constitucional, ninguna persona podrá ser juzgada y sometida a pena alguna si no es en virtud de una sentencia judicial obtenida como producto de un debido proceso, con derecho a ejercitar una defensa efectiva y previa demostración de culpabilidad.¹

Como derivación lógica y necesaria, a fin de cumplir con el designio constitucional, se deberá introducir al proceso el material probatorio que sea requerido para lograr, o bien desechar, la convicción de culpabilidad exigida.

De esta forma, surge el tema de la prueba como eje central de la fundamentación del fallo judicial que, acompañado de la fundamentación fáctica y legal, constituyen la base de una sentencia condenatoria o absolutoria.

Son múltiples las definiciones que se han dado de la prueba, ya sea haciendo referencia a la prueba judicial en términos generales, o bien, definiendo en específico la prueba penal. La prueba judicial es considerada por Brichetti como

¹ Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, San José, editorial Porvenir S.A., tercera edición, 1998, art. 39. "...la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

*“...el proceso demostrativo, o inventivo, mediante el cual el juez llega al conocimiento de la conexión que tiene lugar entre varios elementos, y que produce en su ánimo la certeza en torno a la verdad de un hecho”.*²

Para Merie y Vitu, *“...la prueba es aquel medio que permite afirmar la existencia o no existencia de un hecho determinado, o la exactitud o falsedad de una situación.”*³

Según Vélez Mariconde la prueba es *“... todo elemento (o dato) objetivo que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva.”*⁴

Florian en relación con el concepto de prueba nos dice: *“En su acepción más genérica y puramente lógica, prueba quiere decir, a un mismo tiempo, todo medio que produce un conocimiento cierto o probable acerca de cualquier cosa, y, en sentido más amplio y haciendo abstracción de las fuentes, significa el conjunto de*

² BRICHETTI (Giovanni), traducido por SENTÍS MELENDO (Santiago), La evidencia en el Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editorial Ediciones Jurídicas Europa – América, primera edición, 1973, p. 12.

³ Merie R. y Vitu A. citados por GADEA NIETO (Daniel), Consideraciones sobre la prueba en el proceso penal, Revista Judicial, San José, año XV, No. 50, junio de 1990, p. 72.

⁴ VELEZ MARICONDE (Alfredo), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editorial Córdoba, segunda edición, tomo I, 1982, p. 341.

motivos que nos suministran ese conocimiento. La primera es una concepción subjetiva, y la segunda es objetiva.”⁵

Entre los aspectos en los que parece haber coincidencia en las definiciones empleadas por los distintos autores, destaca el hecho de que la prueba constituye el punto de vinculación necesario entre el hecho objeto de la imputación judicial y la valoración que de él pueda dar el juez, estableciendo así la relación hecho – sujeto – causa, que traducida en materia penal consiste en la relación delito - (víctima, victimario) – móvil.

Sin embargo, la prueba no debe ser definida como un medio, ya que el medio de prueba es uno de los elementos de ésta, junto con el objeto, los órganos y los sujetos, entre otros. Tampoco se puede definir como un proceso demostrativo, ya que con ello, más que hacer referencia a la prueba, nos estamos refiriendo a la actividad que tiende a la producción de ésta, sea la actividad probatoria.

No obstante, algunos entienden la prueba judicial en esa acepción amplia y establecen, como lo hace Cafferata Nores que *“...la prueba puede significar lo que se quiere probar (objeto); la actividad destinada a ello (actividad probatoria); el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso (medio de*

⁵ FLORIAN (Eugenio), De las pruebas penales, Bogotá, editorial Temis, tomo I, tercera edición, 1982, p.43.

prueba); el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad (elemento de prueba); y el resultado conviccional de su valoración. ⁶

En lo que respecta a la prueba penal, la misma busca *“...demostrar la existencia de un ilícito penal y sobre todo establecer el grado de participación del sujeto activo del hecho, es decir, si es autor, coautor, cómplice u otro activo del hecho.”* ⁷

Constituye, como lo indica Vélez Mariconde una verdadera fuente legítima de conocimiento de la verdad real o histórica que el proceso penal pretende alcanzar para dar base a la actuación justa de la ley sustantiva. ⁸

Desde un punto de vista procesal, la prueba penal se debe concebir como un producto, un resultado extraído de una investigación que ha discurrido a lo largo de un proceso judicial y que está lista para ser analizada y valorada en un juicio oral y público.

Constituye aquella evidencia que, por haber llegado en forma legítima al juicio oral, ha dejado de ser evidencia para convertirse en una verdadera prueba penal, sujeta a comunidad y contradicción por parte de los sujetos procesales, así como

⁶ CAFFERATA NORES (José), La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, editorial Ediciones Depalma, segunda edición, 1994, p. 12.

⁷ GADEA NIETO (Daniel), op.cit., p. 72.

⁸ VELEZ MARICONDE (Alfredo), op.cit., p. 341.

a intermediación en relación con los juzgadores, quienes la valorarán a la luz de la sana crítica para sustentar su sentencia.⁹

Dicho resultado final debe ser un producto legítimo, ya sea porque el medio empleado para su obtención no está prohibido¹⁰, o bien, porque ha sido manipulado en forma legítima (cadena de custodia).

Todo ello en virtud de que la prueba es el único medio capaz de descubrir la verdad real, constituyéndose a su vez en una garantía constitucional contra posibles arbitrariedades en la decisión judicial.

De esta forma, *"...la búsqueda de la verdad, fin inmediato del proceso penal, debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual aquél versa. La prueba es el único medio seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable."*¹¹

⁹ "En principio, el sistema considera que prueba sólo es aquella que se produzca en el juicio oral de manera por ende contradictoria y sometida a la intermediación de las partes y del juez, en el marco de la publicidad y oralidad del debate." ARMIJO SANCHO (Gilbert), Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal, San José, editorial Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1997, p. 101.

¹⁰ Dado que en nuestro sistema judicial rige el principio de libertad probatoria en lo que respecta a la materia penal, la ley establece la prohibición de utilizar ciertos medios (verbigracia la tortura), pero como es evidente, no establece y regula en forma taxativa los medios de prueba permitidos; por lo que, para desechar un medio de prueba por ilegítimo, más que analizar si el mismo es permitido y está regulado, habrá que verificar si el mismo está prohibido o constituye una violación a derechos fundamentales. En cuanto a la libertad en los medios de prueba, véanse entre otras: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 66 de las 9 hr. 20 m. del 6 marzo de 1992. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5966 de las 15 hr. 12m. del 16 de noviembre de 1993.

¹¹ CAFFERATA NORES (José), op.cit., p. 5.

La Sala Tercera de la Corte ha expresado que los razonamientos que el juez deriva de las pruebas, deben respetar el principio de razón suficiente, para lo cual el razonamiento debe estar constituido por inferencias deducidas necesariamente del material probatorio que ha sido incorporado en forma legítima al proceso. El tribunal al reconstruir los hechos debe tomar en consideración todas las pruebas, sometiéndolas al examen crítico, para lo cual debe utilizar los sentidos, el razonamiento, la lógica, la percepción psicológica y los criterios técnicos y científicos.¹²

La nueva legislación procesal penal adopta en forma implícita el concepto de prueba como producto final de la investigación preparatoria en su artículo 276 cuando expresa:

“No tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de conformidad con las reglas de los actos definitivos e irreproductibles y las que este Código autoriza introducir en el debate por lectura.”¹³

Nótese que el concepto de prueba sufre entonces un desdoble según la actual legislación procesal penal, toda vez que se considera prueba la siguiente:

¹² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 253 de las 5hr. 35m del 24 de mayo de 1996.

¹³ Código Procesal Penal, Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, primera edición comentada por el Dr. Javier Llobet Rodríguez, 1998, art. 276.

- a. La que sea producto final de la investigación preparatoria susceptible de ser incorporada al debate según las reglas de los actos definitivos e irreproductibles¹⁴, o por lectura.¹⁵
- b. La que sea producto final de la investigación preparatoria pero que se evacue en forma íntegra durante el desarrollo del debate a la luz de los principios que informan la nueva legislación (v.gr., el principio de inmediación).

Si la prueba incautada no calza en ninguno de estos dos supuestos, nuestra legislación la descarta como prueba penal, ya que indica que “ no tendrá valor probatorio para fundamentar la condena del acusado”, y si la prueba no tiene valor probatorio deja de ser tal, ya que la misma se integra precisamente de un componente de hecho (cual es la realidad que pretende demostrar) y un componente de valor (que es el efecto que genera en el juez para fundamentar su fallo), y al decirse que no tendrá valor probatorio se le está coartando su componente de valor, sea su eficacia procesal.

¹⁴ Código Procesal Penal, art. 293. En cuanto al desarrollo de los actos definitivos e irreproductibles es indispensable la comunicación a los demás sujetos procesales. “Todos los actos procesales deben ser comunicados a las partes para que se manifiesten sobre ellos, lo cual debe hacerse de previo cuando se trate de registros, reconocimientos, reconstrucciones, exámenes parciales e inspecciones, siempre que por su naturaleza y características puedan considerarse actos definitivos e irreproducibles. El juez puede realizar estos actos sin previa notificación y consecuentemente sin la participación de los defensores de las partes, sólo cuando se den las circunstancias legales para ello, lo que obliga a fundamentar las razones por las cuales se toma la decisión de realizarlos sin la presencia de aquellos...” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 309 de las 10 hr. 32 m del 12 de marzo de 1999.

¹⁵ Ibid., art. 334. La valoración de las pruebas incorporadas al debate por lectura exige un mayor cuidado en su apreciación. Al efecto véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 1252 de las 14 hr. 24 m. del 08 de octubre de 1999.

Es en este sentido que el reconocido jurista Alberto Binder ha dicho: *“Cuando afirmamos que esta primera fase del proceso es preparatoria, queremos decir, fundamentalmente, que los elementos de prueba que allí se reúnan no valen como prueba. Hemos visto ya que existe una garantía básica que consiste en el juicio previo, es decir que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio en el que se presente la prueba que permitirá comprobar su culpabilidad o inocencia. El juicio es, pues, el momento de la prueba, en un sentido substancial. Lo anterior no es sino recolección de elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ése es, precisamente, el sentido de las palabras preparatorio de la acusación, con las que calificamos al procedimiento previo al juicio.”*¹⁶

B. Elementos

1. Elementos de prueba en sentido estricto

En sentido estricto la doctrina¹⁷ ha señalado como elementos de la prueba cuatro aspectos: objetividad, legalidad, pertinencia y relevancia.

¹⁶ BINDER (Alberto), citado por LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Código de Procedimientos Penales, anotado y comentado, San José, editorial Juricentro, segunda edición, 1991, p. 593.

¹⁷ Ver CAFFERATA NORES (José), op.cit., pp. 13 – 19.

a. Objetividad

El material probatorio que se introduzca al proceso debe provenir del mundo exterior, como resultado de las relaciones que se pueden dar entre cosas, entre personas, o entre cosas y personas (verbigracia la huella digital en el parabrisas del automóvil). No debe ser producto de los conocimientos particulares que los juzgadores hayan adquirido en relación al caso concreto, sino que debe estar sujeto al control procesal de las partes, a fin de contradecirlo o combatirlo, o bien, verificar su legítimo tratamiento durante los distintos estadios procesales hasta ser presentado como prueba en el juicio.

b. Legalidad

La legalidad de la prueba constituye el presupuesto fundamental para que el juzgador pueda valorarla en forma válida, de no ser así, la sentencia adolecería de un vicio que acarrearía su nulidad. Al respecto, la Sala Constitucional en varias de sus resoluciones, ha indicado que la prueba ilegal, ilegítima o espuria, como también se le llama, si es utilizada como fundamento del fallo judicial, transgrede el debido proceso y conlleva la nulidad de la sentencia.¹⁸

¹⁸ Véanse, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3144, de las 10 hr. 27 m. del 6 de junio de 1997. En igual sentido sentencia No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

Esta legalidad depende de dos factores: el medio y el procedimiento de incorporación; aspectos que se encuentran contemplados en el artículo 181 del Código Procesal Penal cuando establece en la parte que nos interesa lo siguiente:

“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código.”¹⁹

En cuanto a los medios, si bien rige el principio de libertad probatoria según el cual todo se puede probar y por cualquier medio, no quiere decir esto que dicha materia no sea susceptible de regulación legal, ya que podría incurrirse en arbitrariedades e incluso en contradicciones entre un proceso penal que se dice es respetuoso de los derechos y garantías constitucionales, y un medio probatorio que a fin de alcanzar la verdad real, transgrede uno o algunos de estos derechos, como por ejemplo la integridad corporal, la intimidad, la propiedad privada, etc.

Es así como la misma ley establece en forma expresa prohibiciones probatorias, que operan como excepción a la regla que emana del principio de libertad probatoria. De esta forma, el mismo artículo 181supra citado, establece que *“...a menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones,*

¹⁹ Código Procesal Penal, art. 181.

*los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.*²⁰

El procedimiento de incorporación por su parte, debe ser analizado desde dos puntos de vista: el primero de ellos es en cuanto a las formalidades que se han de cumplir para hacer ingresar la evidencia al proceso, como lo sería por ejemplo el levantamiento del acta respectiva en el caso de una requisita; en este supuesto el medio de prueba es la requisita y el procedimiento de incorporación lo constituye el levantamiento del acta cumpliendo con las formalidades de ley.²¹ El segundo lo constituyen los cuidados necesarios para que la evidencia discurra en forma inalterada durante las diferentes etapas del proceso penal y su significado pueda ser incorporado al debate como prueba susceptible de valoración (v.gr., correcto embalaje o transporte de la evidencia). Es en este supuesto en el que ubicamos el tema de la cadena de custodia de la evidencia, cuya importancia, como se desprende de lo expuesto, consiste en ser un factor condicionante de la legalidad de la prueba.

c. Pertinencia

Consiste en términos generales, en la conexión que debe existir entre la prueba y el hecho que se investiga, al punto de que ésta haga referencia a una

²⁰ Código Procesal Penal, art. 181.

²¹ Ibid, arts. 136 - 138.

circunstancia jurídicamente relevante para el proceso, que permitan establecer las relaciones existentes entre la acción, su resultado, la víctima y el presunto culpable (v.gr. la mancha de sangre de la víctima en la camisa del imputado). La prueba que contribuye a esclarecer las relaciones anteriores tiene una pertinencia directa, toda vez que constituye la base de la fundamentación probatoria del juzgador para absolver o condenar.

No obstante, se podría hablar también de una pertinencia indirecta de la prueba, cuando ésta se refiere a circunstancias jurídicamente relevantes para el proceso pero que no demuestran la imputación delictiva como sí lo hacen las anteriores. Dichas pruebas podrían demostrar, por ejemplo, circunstancias agravantes o atenuantes, la magnitud del daño causado, requisitos para la aplicación de una medida alternativa, etc.

En igual sentido, Cafferata Nores indica que la pertinencia de la prueba consiste en que el dato probatorio se relacione con los extremos objetivos (existencia del hecho) y subjetivos (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso.²²

La jurisprudencia nacional no se ha preocupado mucho por precisar los alcances de lo que debe entender por prueba pertinente. Por el contrario, ha

²² CAFFERATA NORES (José), op.cit., p. 19.

empleado el término en forma indiscriminada junto con el de utilidad de la prueba, señalando al respecto que, tanto la pertinencia como la utilidad constituyen los límites que tiene el juzgador para ordenar prueba para mejor resolver.²³

d. Relevancia

La relevancia de la prueba está en íntima relación con su pertinencia, sin embargo, a diferencia de la segunda, la relevancia tiene una connotación subjetiva puesto que determina el grado de convicción a que llega el juez en relación con la verdad. Es así como la prueba que genere certeza (para emitir el fallo), probabilidad (para ordenar la elevación a juicio), duda o certeza negativa²⁴ (para absolver o sobreseer), es prueba relevante para el proceso.

2. Objeto de prueba

Para Florian,²⁵ el objeto de prueba puede identificarse con los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación (existencia del hecho y participación del imputado); por ejemplo, el hecho del homicidio o el del hurto. Este objeto es denominado objeto fundamental o general de la prueba.

²³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 87 de las 09 hr. 15 m. del 20 de marzo de 1992.

²⁴ La certeza negativa consiste en la firme creencia de que el hecho no se cometió o no fue cometido por el imputado.

²⁵ FLORIAN (Eugenio), op.cit., p. 98.

Sin embargo -indica el autor- la mayoría de las veces la comprobación directa del hecho delictuoso en sus propias manifestaciones no es posible, y entonces pueden surgir diversas circunstancias que convienen a esta situación y que sirven para determinar la existencia o inexistencia del hecho fundamental, circunstancias que, a su vez, también deben comprobarse, con lo cual llegan a ser igualmente objeto de prueba pero secundario, indirecto y accesorio.

El objeto de prueba consiste entonces en un hecho jurídico, definido como una hipótesis delictiva recogida en muchas ramas del ordenamiento. Este objeto constituye la hipótesis susceptible de ser comprobado durante el desarrollo del proceso penal, y se divide en un objeto de prueba principal, referido a los extremos de la imputación delictiva, y uno accesorio o secundario, que son los hechos distintos del delito, pero conexos, de los cuales puede deducirse el mismo.

El objeto de prueba principal puede ser demostrado mediante prueba directa (v.gr., los testigos que vieron al imputado dispararle a la víctima). Pero cuando no se cuenta con dichas pruebas se debe recurrir en muchas oportunidades a prueba indirecta, referida a un objeto de prueba secundario que unido a otros en forma concordante y precisa pueden llegar a demostrar el objeto de prueba principal.

(v.gr., que el imputado se encontraba en la misma calle y a la hora en que hirieron a la víctima, que portaba un arma, y que tenían rencillas anteriores).²⁶

Para otros, el objeto de prueba no es el hecho principal o secundario sobre el cual recae la actividad probatoria, sino que lo conciben como una finalidad, en este sentido Jiménez Padilla expresa: *"...podemos asegurar, sin temor a equivocarnos que el objeto de prueba es a lo que tiende el proceso penal y ésta sería en última instancia la verdad"*²⁷.

No obstante, se considera errónea dicha concepción, ya que si bien es cierto que la finalidad del proceso penal radica en última instancia en alcanzar la verdad real, a esta finalidad únicamente se llega cuando el juzgador tiene la firme convicción de que se ha demostrado, o no, el objeto de prueba, que es precisamente el hecho sobre el cual recae la imputación delictiva, en otras palabras, la verdad se alcanza cuando se acredita o descarta la hipótesis delictiva que se imputa a un sujeto determinado (objeto de prueba), pero no es el objeto mismo, puesto que éste consiste en una materialidad, mientras que la verdad real

²⁶ Los Tribunales de Justicia han reconocido lo difícil que resulta la obtención de prueba directa para acreditar el objeto de prueba, dando especial relevancia a la prueba indiciaria. "De ahí que, por regla general, no se cuente con prueba directa, sino que deba acudir a la prueba indiciaria, que es la que permite reconstruir la realidad y determinar cuál fue la verdadera naturaleza del contrato, acto o gestión que interesa." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 436 de las 9 hr. 20m. del 26 de octubre de 1994.

²⁷ JIMÉNEZ PADILLA (María), La prueba en el sistema procesal penal costarricense, Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, p. 99.

del proceso penal implica necesariamente una valoración dada por el juez que es inmaterial.

Especial referencia implica el enunciado del artículo 88 del Código Procesal Penal, que con el título “El imputado como objeto de prueba” regula las intervenciones corporales que en forma legítima la autoridad judicial puede llevar a cabo sobre el imputado, incluso contra su voluntad.²⁸

Sin embargo, tal denominación no concuerda con lo que se entiende en doctrina como el objeto de prueba, según lo expuesto, dado que el imputado como tal, su fluido corporal, su cabello, sus uñas, etc., no son circunstancias que deban ser probadas. Éstas fungen como materialidad que ayudan a verificar o descartar la circunstancia que se pretende demostrar.

En realidad, el imputado al ser sometido a una intervención corporal, está siendo utilizado como una fuente probatoria, al igual que se analiza un arma una fibra, una raspadura o un líquido. No es un objeto de prueba en sentido técnico y tal denominación se le ha dado tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, mas que todo para diferenciarlo de los órganos de prueba. Aunque hemos de precisar

²⁸ La Sala Constitucional al respecto ha dicho: “Consecuentemente, los actos que requieran colaboración pasiva del imputado, vg. Extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley ...” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 556-91 de las 14 hr. 10 m. del 20 de marzo de 1991.

que si de comparaciones se trata, el imputado, al ser sometido a una intervención corporal, se asemeja más a un órgano de prueba que a un objeto de prueba.

3. Órganos de prueba

En términos generales, *“...la prueba dentro del proceso toca en realidad a todos los sujetos: con respecto al juez, se trata del medio idóneo para determinar su convicción, con respecto al actor penal, es el medio que tiende a comprobar la existencia del delito y la responsabilidad de su autor, con respecto al imputado, permite en cierta forma desmentir la hipótesis que lo incrimina o aminorar dicha imputación.”*²⁹

Sin embargo, la doctrina habla de órganos de prueba, haciendo referencia al sujeto que aporta un dato probatorio al proceso y que por ende funge como mediador entre la evidencia y el juez. Su función, según indica Cafferata Nores, es la de ser un intermediario entre la prueba y el juez (por eso, a este último no se le considera órgano de prueba). El dato probatorio que transmite puede haberlo conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito).³⁰

²⁹ GADEA NIETO (Daniel), *op.cit.*, p. 72.

³⁰ CAFFERATA NORES (José), *op.cit.*, p. 19.

Según Florian: *“...es la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de prueba, es decir por medio de la cual dicho objeto llega al conocimiento del juez y eventualmente de los demás sujetos procesales.”*³¹

Cabría preguntarse si el Ministerio Público o la Policía Judicial como sujetos procesales que son, podrían ser calificados como órganos de prueba. Con relación al Ministerio Público, no cabe duda de que él mismo, en su labor investigativa, es el encargado de hacer llegar al proceso todo el material probatorio necesario para comprobar el delito e individualizar al presunto responsable.

Así por ejemplo, el artículo 62 del Código Procesal Penal establece en la parte que interesa lo siguiente:

*“El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran.”*³²

³¹ FLORIAN (Eugenio), *op.cit.*, p. 174.

³² Código Procesal Penal, art., 62.

El artículo 274 del Código Procesal Penal indica:

“El procedimiento preparatorio tendrá por objeto determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación del fiscal o del querellante y la defensa del imputado.”³³

Por su parte, el numeral 304 del Código Procesal Penal establece, al regular el ofrecimiento de prueba para juicio que:

“Al ofrecerse la prueba se presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre, profesión y domicilio. Se presentarán también los documentos o se señalará el lugar donde se hallan, para que el tribunal los requiera. Los medios de prueba serán ofrecidos con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar, bajo pena de inadmisibilidad.”³⁴

De la relación de los artículos anteriores se desprende lo siguiente:

1. Que le corresponde al Ministerio Público recoger los elementos de prueba pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo.
2. Que el Ministerio Público debe ofrecer al juzgador dichos elementos probatorio.

El Ministerio Público estaría fungiendo como un intermediario entre el dato probatorio y el juez, aportando evidencia al proceso para tener, o no, por

³³ Código Procesal Penal, art., 274.

³⁴ Ibid., art., 304.

acreditado el objeto de prueba, con lo cual, sus características en relación con la prueba permitirían, en tesis de principio, definirlo como un órgano de prueba.

Lo mismo sucede con la Policía Judicial, dado que, al ser ésta un órgano auxiliar del Ministerio Público, participa de atribuciones de investigación análogas a las de éste, siempre bajo un control funcional. Así, de la relación de los artículos 67, 283, 285 y 286 entre otros, del Código Procesal Penal,³⁵ se desprende claramente que en la investigación de los delitos de acción pública, la Policía Judicial debe tratar de recolectar y asegurar los elementos de prueba útiles y necesarios para que el Ministerio Público los ofrezca en la acusación, o sea, podría ser definido como un órgano de prueba indirecto que si bien no aporta por sí mismo el material probatorio al proceso, sí contribuye a que la Fiscalía lo haga.

Sin embargo, en estricto sentido, ni el Ministerio Público ni la Policía Judicial pueden ser considerados órganos de prueba, ya que éstos lo que hacen es proponer medios de prueba para ser evacuados durante el desarrollo del debate.

Los órganos de prueba son, como se indicó, los sujetos que aportan el dato probatorio al proceso, pero no simplemente porque lo recolectan y lo ofrecen, sino porque el dato probatorio se desprende de ellos, o sea, el elemento probatorio nace del conocimiento particular que tiene el órgano. Por ende, deben ser

³⁵Código Procesal Penal., arts., 67, 283, 285,286.

considerados órganos de prueba el testigo, el perito o el intérprete, de los cuales se desprende el dato probatorio (testimonio, peritaje, traducción), regulados por el medio de prueba establecido por ley (prueba testimonial, prueba pericial, interpretación).

El Ministerio Público al proponer un testigo, no aporta en realidad ningún elemento probatorio al proceso, lo único que hace es proponer que un órgano de prueba (testigo) sea sometido a un medio de prueba (prueba testimonial) para extraerle el dato probatorio.

A su vez, cuando el Ministerio Público ofrece como prueba el arma incautada por ejemplo, lo que ha hecho es recolectar un dato probatorio que no necesita de un órgano para existir, o sea, un elemento de prueba independiente o autónomo.

La prueba derivada de un órgano de prueba es dependiente, ya que si suprimimos hipotéticamente el órgano, ésta no existiría (v.gr., si suprimimos el testigo nunca obtendríamos su testimonio), mientras que la prueba independiente de un órgano como lo es un arma, no dejaría de existir si el Ministerio Público no la aporta al proceso, ya que podría ser hallada por otro sujeto procesal y ser ofrecida.

4. Carga de la prueba

En lo que respecta a la carga procesal, ciertas corrientes doctrinarias la consideran una facultad en su base, cuyo ejercicio sería un deber a cumplirse por imperativo del propio interés. Implicaría una facultad que, una vez optada, habrá de realizarse conforme lo exige la ley procesal.³⁶

Una de las principales manifestaciones de la carga procesal, se da en su especie, a saber, la carga de la prueba. Esta se concibe como *"...la obligación de probar lo alegado, que corresponde a la parte que afirma, en virtud del principio latino, actori incumbit onus probandi (al actor le incumbe la carga de la prueba), mientras al demandado sólo le corresponde la prueba de las excepciones por él opuestas."*³⁷

Para la materia penal no tiene cabida, en tesis de principio, la regla de la distribución formal de la carga de la prueba. Esto es, que a ninguna de las partes le corresponde formalmente demostrar sus afirmaciones o negaciones. No obstante ello, y como una derivación lógica del principio constitucional de inocencia, no es posible forzar al imputado para que pruebe, ya que si no se probase nada, a él lo cubriría la presunción indicada y saldría absuelto de la

³⁶ CLARIÁ OLMEDO (Jorge), Derecho Procesal, Buenos Aires, ediciones Depalma, tomo I, primera edición, 1982, p. 173.

³⁷ CABANELLAS (Guillermo), Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, editorial Heliasta S.R.L., Tomo I, décima edición, 1976, p. 344.

imputación en su contra. Por tanto, la hipótesis delictiva que es imputada a una persona determinada, deberá necesariamente ser demostrada para destruir la presunción de inocencia, labor que le corresponderá al Ministerio Público con la ayuda de su auxiliar, la Policía Judicial. Ambos en forma conjunta tienen a su cargo la carga de la prueba en materia penal.³⁸

Es en este sentido que García Ramírez expresa: *"...en materia penal, sin embargo, donde domina el principio de la averiguación judicial, resultante de la búsqueda de la verdad material, real o histórica, no sólo de la llamada verdad formal, tiene sólo relativa aplicación el régimen de cargas probatorias, más propio del enjuiciamiento civil o, en todo caso, de un enjuiciamiento donde preponderan fuertemente los intereses privados sobre los públicos y donde, por tanto, a la impotencia o incompetencia probatoria de las partes no se contrasta una marcada atención social por descubrir la verdad."*³⁹

En lo que concierne a la normativa procesal. El Código de Rito, sí regula aspectos concernientes a la carga de la prueba, y así por ejemplo establece, en materia de excepciones, que quien las presenta deberá aportar los elementos

³⁸ "Además en virtud del estado de inocencia del reo, no es él quien debe probar su falta de culpabilidad, sino los órganos de la acusación, con efectos complementarios como la imposibilidad, durante el proceso, de coaccionarlo y, con mayor razón aun, de someterlo a torturas o tratamientos crueles o degradantes -expresamente proscritos por el artículo 40 de la Constitución..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

³⁹ GARCÍA RAMÍREZ (Sergio), Derecho procesal penal, México D.F., editorial Porrúa S.A., cuarta edición, 1983, p. 330.

probatorios que las justifiquen, este deber le incumbe tanto al Ministerio Público, como a las partes, entendidas por éstas, el imputado y su defensor, el actor civil, el demandado civil, el querellante en delitos de acción pública, el querellado en delitos de acción privada y la Procuraduría General de la República.

De esta forma se establece en el artículo 43 del Código Procesal Penal:

“Las excepciones se deducirán oralmente en las audiencias y, por escrito, en los demás casos. Deberá ofrecerse la prueba que justifica los hechos en que se basan. Se dará traslado de la gestión a la parte contraria. Cuando se proceda por escrito, el traslado será de tres días. El tribunal admitirá la prueba pertinente y resolverá, sin dilación, lo que corresponda..”⁴⁰ (el subrayado no es del original)

La misma situación se da con el actor civil, ya que éste, luego de que el Ministerio Público le pone en conocimiento la acusación, tiene cinco días para: concretar sus pretensiones, indicar la clase y forma de liquidación que pretende, liquidar el monto de los daños y perjuicios sufridos y ofrecer la prueba para el juicio oral.⁴¹

Tanto para la oposición de excepciones como para demostrar las pretensiones del actor civil, es necesario ofrecer prueba, esto porque la ley no establece una

⁴⁰ Código Procesal Penal, art. 43.

⁴¹ Ibid., art. 308.

facultad sino todo lo contrario, un deber, con lo cual pareciera existir una carga probatoria en estos dos aspectos.

Situación muy diferente se da con las demás partes, para las cuales según lo establece el artículo 317 del Código Procesal Penal, sí es una facultad ofrecer prueba para el juicio y por lo tanto no se establece una carga probatoria como sí se hace en los dos supuestos anteriores. Es así como se dispone:

“Dentro del plazo previsto en el párrafo primero del artículo trasanterior, las partes podrán:

- a) Objetar la solicitud que haya formulado el Ministerio Público o el querellante, por defectos formales o sustanciales.*
- b) Oponer excepciones.*
- c) Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la imposición o revocación de una medida cautelar o el anticipo de prueba.*
- d) Solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad o la conciliación.*
- e) Ofrecer la prueba para el juicio oral y público, conforme a las exigencias señaladas para la acusación.*
- f) Plantear cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación del juicio.*

Dentro del mismo plazo, las partes deberán ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.”⁴² (el subrayado no es del original)

También se regula una carga probatoria para la parte que pretende impugnar la sentencia mediante un recurso de revisión, ya que, bajo pena de inadmisibilidad, el numeral 410 del Código Procesal Penal indica que deberá hacerse acompañar la prueba documental que se invoca y ofrecerse los elementos de prueba que acreditan la causal de revisión.⁴³

5. Medio de Prueba

a. Concepto

Según Cafferata, *“Medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso”⁴⁴* Constituye un elemento a considerar para determinar el respeto del debido proceso,

⁴² Código Procesal Penal, art. 317.

⁴³ Ibid., 410.

⁴⁴ CAFFERATA NORES (José), op.cit., p. 20.

valorando el medio probatorio empleado para ver si éste no es prohibido por parte del ordenamiento jurídico, y así garantizar la legalidad de la prueba.⁴⁵

Según Godínez Vargas, *“...los medios de prueba judicial, en sentido estricto, son los instrumentos o elementos que permiten a las partes o al Juez aportar al proceso la prueba, como motivo o razón que contribuye a que el mismo juez, llegue, o no, al convencimiento de la realidad, de los hechos sobre los que se fundamentan las pretensiones o argumentos de las partes.”*⁴⁶

Para Florian, el medio de prueba puede definirse como *“ la operación en virtud de la cual se verifica el contacto, directo o indirecto, entre el juez (juntamente con los demás sujetos procesales) y el objeto de prueba.”*⁴⁷

Se puede afirmar que el medio de prueba es el mecanismo a través del cual el juez adquiere la certeza necesaria para decidir el hecho que se investiga y que ha sido sometido a su conocimiento. Es la vía legítima a través de la cual se canaliza

⁴⁵ “ ...cuando se desarrolla en la legislación el tema sobre los medios de prueba, se insiste en toda la normativa, en la exigencia de que toda intromisión en el ámbito de tales derechos fundamentales, se haga dentro de los límites permitidos por la ley, y respetando los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad de las medidas a adoptar.” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1539 de las 10 hr. 15 m. del 03 de diciembre de 1999.

⁴⁶ GODINEZ VARGAS (Alexander), La apreciación de la prueba en materia laboral. Una contribución al estudio de la jurisprudencia costarricense. Antología para el curso Derecho Laboral II, San José, Universidad de Costa Rica, 2000, p. 13.

⁴⁷ FLORIAN (Eugenio), op.cit., p. 175.

la información que se desprende de una prueba o de un órgano de prueba y es arribada al proceso.

De esta forma, la prueba testimonial (medio de prueba), permite que el testigo (órgano de prueba) brinde su deposición (prueba); o el allanamiento (medio de prueba) permite hacer allegar al proceso el arma con la cual se cometió el delito (prueba material), etc.

De importancia para el tema de los medios de prueba, es el principio de libertad probatoria. Por él, la demostración de la existencia de un delito y de su imputación a una persona determinada, no tolera la exclusión de ningún medio, ya que, en principio, los extremos de la imputación delictiva pueden ser demostrados a través de cualquier recurso probatorio.

“Es decir, nuestro actual sistema procesal penal –en la medida que tiende a la averiguación de la verdad real e histórica- permite que todos los puntos objeto del debate se puedan demostrar y por cualquier medio (con excepción, como se dijo, de las cuestiones relativas al estado civil de las personas, en que debe estarse a las restricciones señaladas por las leyes civiles)...”⁴⁸

⁴⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 66 de las 9 hr. 20 m. del 6 marzo de 1992.

Es necesario hacer la salvedad de que este principio no es absoluto, pues de admitirse tan irrestricta libertad, se podría incurrir en el contrasentido de conculcar un derecho fundamental para hacer efectivo otro.

Todo lo contrario, la búsqueda de la verdad material, real o histórica, no se puede pretender alcanzar a toda costa, en virtud del principio filosófico de que el fin que se persigue no justifica los medios empleados. Es por ello, que el principio en comentario, lejos de ser absoluto, se ve relativizado por limitaciones probatorias incluso de rango constitucional.⁴⁹

Es así como en forma expresa, el artículo 181 del Código Procesal Penal proscribela utilización de medios probatorios que lesionan derechos y garantías constitucionales como lo son: la tortura, el maltrato, la coacción, la amenaza, el engaño, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni cualquier otra información obtenida por medio alguno que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.⁵⁰

⁴⁹ El artículo 40 de la Constitución Política dispone: "Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes, ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación, toda declaración obtenida por medio de violencia será nula." (el subrayado no es del original). *Constitución Política*, art. 40. Véanse sentencias de la Sala Constitucional No. 1232 – 98, 1032-96, 3429-96, 2885 – 96. En igual sentido, O.E.A., Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, ratificada mediante Ley No. 7934 de 12 de octubre de 1999, publicada en La Gaceta No. 219 de 11 de noviembre de 1999.

⁵⁰ Véase Código Procesal Penal, art. 181.

Para el tema de la cadena de custodia de la evidencia, debemos indicar, según lo ha precisado la Sala Tercera de la Corte, que la vinculación del medio probatorio con el hecho que se investiga, sólo es posible si se establece una custodia ininterrumpida de la evidencia que ha sido recolectada, labor que se extiende según este Tribunal hasta la valoración pericial o judicial.⁵¹

Tal criterio parece contradictorio con la aplicación práctica que se le da al tema de la custodia de la evidencia, ya que, como se verá, en reiteradas ocasiones esta misma Sala ha insistido en que es posible acreditar un vicio en la custodia de la prueba (verbigracia, la falta de un acta) mediante otros medios probatorios, lo cual no hace tan cierto el vínculo causal entre la cadena de custodia de la evidencia, el medio de prueba desarrollado y el hecho que se investiga.

b. Tipología

La normativa procesal penal, regula los medios de prueba en su libro III. Establece las pautas generales a seguir en el título I y luego los regula en forma específica en los siguientes cuatro títulos.

El listado que se hace de los medios de prueba y su regulación no es taxativa, como una derivación lógica del principio de libertad probatoria. Dicha enumeración es ejemplificativa " *...pudiendo ser posible la introducción de otros medios debido*

⁵¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 518 de las 09 hr. 10m. del 14 de setiembre de 1993.

*al avance de técnicas de investigación que se dan día a día, pero en la medida que sea indispensable para llegar a la certeza sobre los sucesos investigados, y respetando, desde luego, las garantías constitucionales y procesales.*⁵²

El carácter enumerativo de los medios de prueba que hace el Código citado, se desprende del artículo 234 cuando establece:

*“Además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos”*⁵³

Los medios de los que se ocupa el Código Procesal Penal son:

1. La inspección y registro del lugar del hecho,
2. La inspección corporal,
3. La requisa,
4. El registro de vehículos,
5. El levantamiento e identificación de cadáveres,
6. El allanamiento,
7. El secuestro,

⁵² VELÁZQUEZ CASTRO (Hugo F.), La Prueba Ilegal en el Proceso Penal Costarricense, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, p. 70.

⁵³ Código Procesal Penal, art. 234.

8. La prueba testimonial,
9. La prueba pericial,
10. La exhibición de prueba,
11. Los informes,
12. El reconocimiento de personas y objetos,
13. El careo.

De ellos, no todos constituyen vías a través de las cuales se pueda canalizar evidencia física al proceso que deba ser custodiada -tema central de este estudio - por lo que se desarrollarán únicamente aquellos medios que puedan cumplir con ese cometido, sea la llamada actividad adquisitiva de material probatorio.

i. La inspección y registro del lugar del hecho⁵⁴

Para Leone *“La inspección, que se define también como observación judicial inmediata, es el medio de prueba a través del cual el juez percibe directamente elementos útiles para la reconstrucción del hecho.”*⁵⁵

Según Cafferata Nores, la inspección judicial, *“...es el medio probatorio por el que el juez percibe directamente con sus sentidos —es decir, sin intermediarios—*

⁵⁴ Código Procesal Penal, art. 185.

⁵⁵ LEONE (Giovanni), Tratado de Derecho Procesal Penal, traducido por SENTÍS MELENDO (Santiago), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, primera edición, volumen II, 1963, p. 189.

*materialidades que pueden ser útiles, por sí mismas, para la reconstrucción conceptual del hecho que se investiga, dejando constancia objetiva de sus percepciones.*⁵⁶

García Ramírez al respecto expresa: *"Por medio de la inspección, el funcionario que practica la diligencia, tratase del juzgador o del Ministerio Público en función autoritaria, verifica directamente ciertas circunstancias, a través de sus propios sentidos, a fin de advertir la realidad en relación con hechos controvertidos o conectados con la controversia. Aquí, es el funcionario quién directamente entra en contacto con personas, objetos o situaciones, sin que sujeto alguno sirva como intermediario entre aquel y éstos.*"⁵⁷

La inspección, como medio de prueba, tiene únicamente efectos comprobatorios, y para ello, el funcionario encargado de efectuar la diligencia debe hacer uso de todos sus sentidos: vista, oído, olfato, tacto, gusto, etc., dejando constancia de todo ello en el acta respectiva. No se trata de una simple inspección ocular, sino que requiere la labor conjunta de todos los sentidos para la comprobación de "materialidades" que puedan contribuir a esclarecer la investigación.

⁵⁶ CAFFERATA NORES (José), *op.cit.*, p. 155.

⁵⁷ GARCÍA RAMÍREZ (Sergio), *op. cit.*, p. 367.

Este acto es considerado por la jurisprudencia,⁵⁸ definitivo e irreproducible, por lo que exige la comunicación previa a la defensa, para que ésta pueda ejercer sus derechos constitucionalmente establecidos.

Aunque concordamos con el criterio jurisprudencial, debemos precisar que no toda diligencia de inspección implica necesariamente un acto definitivo e irreproducible según los términos del artículo 293 del Código Procesal Penal, incluso reconocemos que el artículo 185 del mismo Código, únicamente habla de “invitar” a presenciar la inspección “a quien habite el lugar o esté en él” lo cual claramente demuestra la intención del legislador de dar validez a diligencias de inspección efectuadas únicamente con la presencia del Fiscal, acompañado de la Policía Judicial. Pero sí es menester señalar, como lo hace la jurisprudencia, que en muchos de los casos, esta diligencia, al igual que la mayoría de los demás

⁵⁸ “El alegato cuestiona que una prueba esencial tomada en cuenta por el Tribunal Superior de Pérez Zeledón para el dictado de la sentencia condenatoria consiste en el acta de inspección judicial, de las dieciséis horas quince minutos del veintitrés de enero de mil novecientos noventa y cinco, acto que por sus características es definitivo e irreproducible, que fue llevado a cabo sin conceder ninguna posibilidad de intervención a los sentenciados, en abierta infracción al artículo 192, párrafo 2, del Código de Procedimientos Penales de 1973, según lo estima el promovente. Considera que la prueba obtenida con la ayuda de la Unidad Canina K9 es ilegítima e ilegal y que por ello su incorporación al debate y la sentencia que de ella se deriva devienen en nulos. Lleva razón en su reclamo. Esta Sala ha analizado los argumentos incluidos en las diligencias de revisión y ha constatado que el Acta de Inspección cuestionada, visible a folio 177, fue realizada sin haber puesto en conocimiento a la defensa de los encartados que dicha diligencia se realizaría, y sin comunicárselo a las personas que en aquél momento ya habían sido debidamente identificados como imputados en la causa y que se encontraban detenidos (...) Esta Sala constata que no hubo notificación de la diligencia, ni tampoco justificación posterior de la urgencia y necesidad del acto sin la presencia de los encartados y del defensor, cuya participación era importante además de posible, ya que si bien probablemente no hubiera variado el resultado de la misma, hubiera permitido el ejercicio del derecho de defensa.” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 309 de las 10 hr. 32 m. del 12 de marzo de 1999.

medios de prueba, puede acarrear el desarrollo de un acto definitivo e irreproductible que amerite la presencia del Juez y la notificación previa a la defensa, lo cual se hecha de menos en la normativa que desarrolla tanto la inspección judicial como el registro.

El registro, por su parte, supone una labor más activa, ya que implica la “búsqueda” de rastros del delito o del imputado, y no la simple constatación, como sucede con la inspección.

Tiene como presupuesto legal una presunción, que consiste en la sospecha de que en el lugar o en las cosas registradas, se hallarán rastros del delito o al imputado que se oculta. El registro puede recaer sobre lugares o cosas y sobre bienes en sentido jurídico, como sucede con el registro de vehículos, regulado por el artículo 190 del Código Procesal Penal.

Este último numeral está en abierta contradicción con lo dispuesto por la Sala Constitucional, ya que el mismo dispone que además del juez, el fiscal o la policía judicial, podrán registrar un vehículo, siempre que hayan motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito.

La Sala en este sentido ha dicho: *“...el artículo 23 de la Constitución establece que el domicilio y “todo otro recinto privado” de los habitantes de la república son inviolables, no obstante pueden ser allanados por orden escrita de juez*

competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad con sujeción a lo que prescribe la ley. En el presente caso debe quedar claro que el interior de un vehículo automotor, automóvil o “pick up” es un recinto privado, y por lo tanto los miembros del Departamento de Investigaciones Técnicas Aduaneras de la Dirección General de Aduanas necesitan la orden de allanamiento expedida por el Juez...”⁵⁹

La inspección por su parte puede recaer sobre personas, lugares o cosas. Cuando se trate de lugares habitados, de locales públicos o establecimientos de recreo, será necesaria la orden de allanamiento emanada del juez, salvo que las personas que puedan autorizar el ingreso lo consientan. Cuando se trate de la inspección de personas, específicamente de su inspección corporal, se exige el respeto de su pudor.

La inspección de personas puede ser de dos tipos: puede consistir en constatar aspectos generales de la persona como tal (v.gr., altura, color de piel, etc.), o bien, puede consistir en la constatación de particularidades del cuerpo de la persona (v.gr., malformaciones, cicatrices, tatuajes, heridas, etc.). Éste segundo tipo de inspección es lo que se conoce como inspección corporal, que a su vez, puede ser sobre partes normalmente exhibibles del cuerpo o sobre partes íntimas del mismo, caso en el que se exige el respeto al pudor de la persona.

⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 627 de las 16 hr. 3 m. del 8 de febrero de 1993.

Debe distinguirse además la inspección corporal de la requisa, que es otro de los medios probatorios que recaen sobre personas. Indica Clariá Olmedo que la inspección corporal *“comprende tanto el examen integral del cuerpo de la persona, como de las particularidades y detalles exteriores, principalmente los datos que se adviertan, relacionados con el hecho delictuoso.”*⁶⁰ Mientras que la requisa tiene por finalidad la búsqueda de objetos relacionados con el delito que se presume la persona oculta en sus ropas o lleva adherido a su cuerpo. Por ejemplo, mientras que con la inspección se constatan cicatrices o tatuajes que permitan individualizar al imputado; con la requisa se busca la cadena robada que el encartado, oculta en su pantalón. O sea, la requisa es una especie de registro que recae sobre personas, y por ello es que el legislador estableció que el registro recaería sobre lugares o cosas, ya que cuando fuese sobre personas se tratará de otro de medio de prueba, cual es la requisa.

En relación con la inspección corporal, se debe advertir que el imputado no puede negarse a que la misma se lleve a cabo, toda vez que para estos casos, se considera un objeto de prueba y no un órgano, con las salvedades en la terminología que ya hemos indicado. Es así como expresamente el artículo 88 del Código Procesal Penal dispone:

⁶⁰ CLARIÁ OLMEDO (Jorge), Derecho Procesal, Buenos Aires, ediciones Depalma, tomo II, primera edición, 1982, p. 173.

“Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias.

Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario. Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad.”⁶¹

Distinto sería el caso en que se le solicitara al imputado brindar su testimonio, por cuanto pasaría de ser objeto de prueba y se convertiría en un órgano, con lo cual se vería acogido por su derecho constitucional de abstenerse a declarar. O sea, en todos aquellos casos en que se requiere del imputado una posición activa

⁶¹ Código Procesal Penal, art. 88.

frente a la producción de prueba, éste podrá acogerse a su derecho constitucional de abstención. Contrario sensu, si lo que se exige del imputado es una posición pasiva frente a la producción de prueba, no podrá acogerse a su derecho y podrá ser requerido para la producción de prueba.

Al respecto la Sala Constitucional ha indicado: *“...considera la Sala que en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma no importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios para un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieran colaboración pasiva del imputado, vg. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de la ley...”*⁶²

De igual forma ha expresado el más alto tribunal, que no es violatorio del debido proceso el que el defensor no se presente a un examen consentido libremente por el imputado, cuando éste no sea lesivo de su dignidad o integridad física.⁶³

⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 556 de las 14 hr. 10 m. del 20 de marzo de 1991.

⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 558 de las 15 hr. 9m. del 28 de enero de 1997.

En cuanto a esta última apreciación de la Sala mostramos nuestra disconformidad, ya que, al igual que se exige la presencia del defensor al momento de la declaración indagatoria, lo lógico sería pensar que en resguardo del derecho de defensa, el imputado sea asistido por su defensor al producir prueba o al ser utilizado para obtenerla. Pensar lo contrario, creemos que podría prestarse para abusos, ya que perfectamente el imputado podría verse obligado o engañado para fungir incluso como órgano de prueba, sin contar con la defensa técnica necesaria para hacerle ver que no está obligado a ello.

De suma relevancia para este tema constituye la sentencia número 1428 – 96 de la Sala Constitucional. En ella se hace un análisis de los límites que presentan las intervenciones corporales en el imputado cuando es utilizado como objeto de prueba. El primer límite que se destaca es el respeto a la integridad física de las personas, el segundo es la realización de la diligencia por personas doctas en la materia, el tercero atañe a la dignidad de las personas a partir de una concepción filosófica, el cuarto se refiere a la utilización de la medida dentro del proceso concreto, es decir, que se espere de ella un resultado de utilidad para la causa de que se trate, el quinto es la existencia de indicios comprobados contra el acusado, que justifiquen la intervención, el sexto implica la necesidad de la medida, esto es que el resultado que de ellas se espera no pueda ser obtenido por otros medios menos gravosos y el último límite es la proporcionalidad de la intervención. En

definitiva, por su importancia procesal, se transcribe en la parte que interesa la sentencia de la Sala:

“El primer límite que ha de establecerse y que es aceptado casi en forma unánime, se refiere a que, la posibilidad de realizar las intervenciones corporales, no debe poner en peligro la salud del examinado y como consecuencia de esta exigencia, surge el requisito que se convierte a su vez en el segundo límite, y es el que señala que todos los casos, las intervenciones deben ser realizadas, cuando aún se requiera, por un médico de acuerdo con la «lex artis», es decir, según las reglas de la práctica médica, o en todo caso un perito idóneo, previa orden necesaria y motivada del juez. Pero además, deben existir otros factores de mucho mayor peso que necesariamente deben estar presentes cuando se analice este problema, y que deben impregnar y matizar todo su desarrollo, y es el de los derechos fundamentales que puedan verse comprometidos. La vida, bien fundamental por excelencia, nunca podría ser comprometida a efectos de realizar una intervención corporal, independientemente de los intereses que haya en juego dentro del proceso, ni aún cuando el imputado lo consienta. Junto a la vida, íntimamente ligada a su sentido y verdadero valor moral y social, se encuentra el reconocimiento y necesario respeto a la dignidad humana, base y fundamento para el reconocimiento de los demás derechos fundamentales, que sin ella carecen de sentido (...) El ser humano no debe ser tratado nunca como un medio o un objeto, sino como un «fin», como «persona». Cualesquiera que sean las

ventajas o desventajas que de él puedan derivar, nunca puede consentirse a su costa un tratamiento inhumano, degradante, humillante, porque el valor mismo de la persona humana impone una limitación fundamental a esa injerencia que pueda tener el Estado sobre el cuerpo y la vida del acusado (...) La dignidad humana se da así como límite, como barrera a cualquier injerencia del poder en el individuo y, aún cuando es de difícil definición y determinación, puede describirse o considerarse como el más profundo sentimiento que cada uno tiene de sus derechos y condiciones fundamentales para existir, a través del cual se da el sentido de la propia identidad como persona y del significado como ciudadano (...)

En este contexto, se entienden excluidas todas aquellas intervenciones que ameriten una pérdida de conciencia o de libre autodeterminación en el acusado, por ejemplo, el empleo de drogas, de los llamados «sueros de la verdad», o bien la realización de los llamados test falométricos, en los que se quiere medir la capacidad de erección del pene, los registros y exámenes vaginales practicados sin consentimiento de la persona a que se le realizan, los exámenes anales practicados sin consentimiento del examinado, o bien la obtención de muestras de semen por masturbación o masaje prostático sin consentimiento expreso del examinado (...) Sobre la base de la dignidad humana y del respeto a la vida, que bajo ninguna circunstancia podrían verse amenazados por una intervención corporal, existen otros derechos fundamentales cuya afectación se permite, dentro de ciertos límites rigurosos (...)

Así, debe entenderse que siempre que se quiera realizar una intervención corporal, deben existir determinados presupuestos

*sustanciales de legitimación de su realización, y ellos son: a) utilidad de la medida dentro del proceso concreto, es decir, que se espere de ella un resultado de utilidad para la causa de que se trate; b) existencia de indicios comprobados contra el acusado, que justifiquen la intervención corporal -artículo 37 constitucional-; c) necesidad de la medida, esto es que el resultado que de ellas se espera no pueda ser obtenido por otros medios menos gravosos, pues si es posible sustituirla por una medida menos lesiva, esta última es la que ha de prevalecer; d) proporcionalidad de la intervención, de la lesión que se pretende ejecutar, con la naturaleza de la lesión al bien jurídico que se ha dado con el delito que se investiga, pues deben guardar una relación de proporcionalidad a fin de equilibrar los intereses en juego; e) la realización de la prueba siempre debe estar en manos de peritos calificados, generalmente médicos, y nunca deben poner en peligro la salud o la integridad física del imputado, aunque medie su consentimiento; f) no pueden realizarse intervenciones corporales que impliquen en sí mismas un tratamiento cruel o degradante del examinado o que lesionen su dignidad.*⁶⁴

En cuanto al sujeto procesalmente legitimado para llevar a cabo tanto la diligencia de inspección como la del registro, importa el hecho de que la actual legislación procesal penal, confiere esta función al Ministerio Público, salvo que

⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1428 de las 15 hr. 6 m. del 27 de marzo de 1996.

por tratarse de un acto definitivo e irreproducible sea necesaria la participación del juez del procedimiento preparatorio conforme a las reglas de las pruebas anticipadas.

Esto por cuando, según se determina de las definiciones que hacen los autores, al menos en el caso de la inspección, el conocimiento del dato probatorio que arroja el medio de prueba lo percibe el juez en forma directa, sin intermediarios; mientras que al permitirse que sea el representante del Ministerio Público quien efectúe la diligencia, no existirá una comprobación inmediata por parte del juez en relación con la persona, lugar o cosa que se pretende registrar o inspeccionar, sino que el conocimiento del dato probatorio llegara a éste en forma indirecta a través de un acta.

La razón de ser de este cambio, parte del papel activo que asume el fiscal en la investigación criminal, del cúmulo de facultades con que cuenta para llevar adelante la etapa preparatoria y, especialmente, del deber de objetividad con que debe actuar en la constatación de los extremos de la imputación delictiva.

Sin embargo, parece que al permitirse que sea el representante del Ministerio Público quien efectúe la diligencia, la inspección pierde su naturaleza tradicional, cual era la comprobación inmediata de la persona que ha de disidir el asunto. Se pierde la inmediación que la caracterizaba y deja de ser una verdadera inspección judicial.

Según lo dispone el numeral 186 del Código Procesal Penal, de la diligencia de inspección y registro, se levantará un acta⁶⁵ que describirá, detalladamente, el estado de las cosas y las personas y, de ser procedente, se recogerán o conservarán los elementos probatorios útiles para los resultados del caso.⁶⁶ Dicha acta podrá ser incorporada por lectura al debate.⁶⁷

Como una de las finalidades del registro consiste en la búsqueda de rastros del crimen, en caso de encontrarse, la diligencia deberá complementarse con otro medio de prueba, a saber, el secuestro de los objetos relacionados con el delito, previsto y regulado en los artículos 198 y 199 *ibid*, dando inicio a la cadena de custodia de los mismos.

ii. La Requisa⁶⁸

También se le conoce como perquisición y consiste en *“...la búsqueda material realizada en el cuerpo o en la esfera de custodia que acompaña a una*

⁶⁵ No establece dicho numeral la obligación de que el acta sea suscrita por testigos, como sí ocurre con la requisa. El anterior Código de Procedimientos Penales, en su artículo 209, haciendo remisión al numeral 97 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, sí exigía esta formalidad para las diligencias de inspección y registro, habiéndose definido a nivel jurisprudencial, la necesidad de que dichos testigos no fuesen miembros de la Policía Judicial. Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 585 de las 08 hr. 45 m. del 1 de noviembre de 1991.

⁶⁶ Para un análisis más afondo del artículo véase infra., título II, capítulo tercero, sección II.

⁶⁷ Ver Código Procesal Penal, art. 334 inciso b.

⁶⁸ Ibid., art. 189.

*determinada persona, a fin de apoderarse de cosas que se sospecha estén ocultas en la persona misma.*⁶⁹

Para los Tribunales de Justicia *“Consiste dicho medio de prueba en el registro que efectúa la autoridad competente sobre el cuerpo o pertenencias de determinada persona, con la finalidad de descubrir y decomisar objetos relacionados con el delito, que bien pueden ser los medios empleados, el producto del ilícito o algún rastro que se oculte.”*⁷⁰

Tiene como presupuesto legal, al igual que el registro, la presunción de que la persona oculta pertenencias entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito. Es por ello que se le puede considerar un registro que recae sobre personas.

Jorge Moras Mom, en este sentido indica: *“...la búsqueda de cosas relacionadas con el delito investigado, (...) puede efectuarse también en el cuerpo de una persona cuando el instructor tenga motivos fundados para presumir que ella oculta en él el o los efectos buscados. Ante tal sospecha el juez en decreto fundado lo ordenará.*

⁶⁹ MANZINI citado por LEONE (Giovanni), *op.cit.*, p. 225.

⁷⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.11 de las 14hr. 50m. del 7 de enero de 1999.

*Esta operación será ejecutada, si antes de ella, es invitada la persona para hacer entrega voluntaria de lo buscado..."*⁷¹

Además de las formalidades generales para la elaboración del acta respectiva (artículo 136 ibib.), se deben cumplir dos formalidades más, bajo pena de nulidad del acto probatorio. La primera de ellas consiste, como lo indican los autores, en advertirle a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo.

La segunda consiste en efectuar la advertencia anterior y el registro personal en presencia de un testigo, que no tenga ningún tipo de vinculación con la policía judicial. Este segundo aspecto tiene importancia en cuanto se faculta a la policía judicial llevar a cabo este medio de prueba, situación que no sucede con el registro de lugares y cosas o con la inspección.

Ahora bien, ¿Se requerirá en todos los casos la presencia del testigo, o únicamente cuando sea la policía judicial la que lleve a cabo la requisa?

De la redacción del artículo 189 ibib., parece desprenderse que el requisito sólo es exigido cuando sea la policía judicial la que actúa, y no cuando es el representante del Ministerio Público y menos aún el juez los que efectúan la requisa. Esta pareciera ser la respuesta a la interrogante, ya que si de lo que se

⁷¹ MORAS MOM (Jorge R.), Manual de derecho procesal penal, Buenos Aires, editorial Abeledo – Perrot, tercera edición, 1993, p. 191.

trata es de vigilar el resguardo de los derechos y garantías fundamentales de las personas durante el desarrollo del proceso penal, la ley presume que el fiscal los resguardará por el deber de objetividad que lo cubre, y si se trata del juez, precisamente esa es su labor en la etapa preparatoria.

Por demás, la participación de la policía judicial por sí misma en la producción de la prueba, deberá ser excepcional, y la regla consistirá en contar con la presencia del fiscal o del juez en la realización de los medios de prueba, a fin de garantizar el debido proceso y el legítimo procesamiento de la evidencia incautada. Mediante la requisa, sólo se deben buscar rastros del delito o efectos de éste, pero no se extraen del organismo, dado que ello corresponde a otros medios de prueba como lo es la intervención corporal y la pericia.

Al respecto, la Sala Tercera de la Corte ha dicho: *“En el caso de la requisa, ésta supone efectivamente una invasión en el ámbito de integridad personal, y es por ello que se exige en el artículo 189 del Código Procesal Penal, que existan motivos suficientes para presumir que la persona tiene ocultos en sus ropas o adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito. La requisa no implica una intervención corporal, tal como la concibe el Código Procesal en su artículo 88, pues esta última supone una investigación en el cuerpo del imputado, en la que entran en juego las reglas del saber médico, en tanto que en la requisa se hace solo para constatar en el cuerpo de la persona la presencia de los objetos relacionados con el delito. Si para ello es necesario hacer exploraciones en el*

*cuerpo más profundas, como introducción de pinzas, toma de radiografías, lavados estomacales y otras similares, ya no se estaría en presencia de una requisita, sino de una intervención corporal, que requiere necesariamente del saber médico para llevar a cabo la localización de los objetos, por estar en juego la protección de la salud de las personas sometidas a tales medidas.*⁷²

iii. Levantamiento e identificación de cadáveres

El levantamiento e identificación de cadáveres constituye un medio de prueba a través del cual se regula el procedimiento a seguir para introducir al proceso la información que se desprende del cadáver y demás objetos que se encuentren a su alrededor.

El cadáver como tal, es una fuente probatoria que requiere de un análisis pericial para extraer de él la información útil para la investigación judicial. Es por ello que el legislador se encargó de regular el procedimiento a seguir para ordenar su levantamiento y la correspondiente pericia, a fin de protegerlo contra cualquier tipo de contaminación o alteración.

Más allá del levantamiento y la identificación, los principales objetivos de este medio de prueba consisten en:

⁷² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1539 de las 10 hr. 15 m. del 03 de diciembre de 1999.

1. Recolectar en forma científica todos los rastros del delito que se encuentren tanto en el cadáver como a su alrededor.
2. Ordenar la autopsia correspondiente para determinar desde el punto de vista médico – legal la causa y forma de la muerte.

El levantamiento, la autopsia y la identificación de un cadáver procede en dos supuestos: cuando la muerte haya sido violenta, como ocurre en los accidentes de tránsito por ejemplo o, cuando se sospeche que la persona no ha muerto por una causa natural, sino a consecuencia de un delito. Este segundo supuesto suele darse en los hospitales, cuando los médicos o enfermeras dudan de que la muerte de una persona determinada haya sido natural, caso en el cual les asiste el deber de presentar la denuncia correspondiente.⁷³

La ley prevé que la diligencia de levantamiento del cadáver se complemente con dos medios de prueba más: la pericia por un lado, para determinar, como se indicó, la causa y manera de la muerte, y la inspección, para recolectar las evidencias en la escena del crimen; por lo que, al efectuar el levantamiento, deberá observarse además, la normativa que regula estos dos medios de prueba para conservar la legitimidad de la evidencia recolectada.

⁷³ Ver Código Procesal Penal, art. 281 inciso b.

El sujeto procesalmente legitimado para llevar a cabo la diligencia es el juez, sin embargo, por disposición de la Fiscalía General de la República incluso la Policía Judicial puede llevar a cabo dicho medio probatorio, al efecto se ha indicado en el artículo 29 de la Circular 17-1998:

“En aquellos casos en que haya ocurrido una muerte que no se encuentre dentro de los supuestos del artículo 191 del Código Procesal Penal, es decir, cuando no sea una muerte violenta ni se sospeche que la persona falleció a consecuencia de un delito, el levantamiento del cadáver y la solicitud de autopsia podrán ser realizados por la Policía Judicial, con la autorización del Fiscal.”⁷⁴

Dicha disposición parece no tener razón de ser, ya que si la muerte no es violenta y no se sospecha que la persona haya fallecido a consecuencia de un delito, ¿Qué interés público podría existir para que la autoridad judicial ordene una autopsia, la cual los hará perder tiempo y recursos tanto a ellos como al Departamento de Medicatura Forense? Lo lógico sería pensar, que ante la crisis económica que afronta actualmente el Poder Judicial, se ordene la práctica de medios de prueba únicamente cuando exista una sospecha efectiva de que se está ante un ilícito penal.

⁷⁴ Circular No. 17 del 6 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, p. 4.

En lo que respecta a la identificación, ésta se comprobará por cualquier medio técnico (v.gr., tipo de sangre), y de no ser posible, por medio de testigos, incluso mediante la exposición de su cuerpo.

iv. El allanamiento

El allanamiento puede ser definido como el procedimiento constitucionalmente autorizado para lesionar la esfera de intimidad del domicilio, habitación o recinto privado de los habitantes de la República, garantizado por la Constitución Política.

El allanamiento como medio de prueba, tiene una regulación expresa incluso de orden constitucional, siendo uno de los principales medios probatorios utilizados hoy día para secuestrar evidencia y contribuir con las resultas del caso. La Constitución Política lo regula en términos más amplios que un simple medio de prueba al disponer el artículo 23 lo siguiente:

“El domicilio y todo otro recinto privado de los habitantes de la República son inviolables. No obstante pueden ser allanados por orden escrita del juez competente, o para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.”⁷⁵

⁷⁵ Constitución Política, art. 23.

Se determina como el legislador lo que hizo fue establecer una reserva constitucional para el domicilio y demás recintos privados, resguardándolos a su vez, por medio de la garantía de inviolabilidad. Mientras que estableció una excepción a la inviolabilidad del domicilio sometida a reserva legal y que constituye el allanamiento en sus distintas modalidades.

El allanamiento como medio de prueba, constituye el registro de un lugar que guarda en alguna medida el ámbito de intimidad de personas que lo frecuentan en forma habitual u ocasional. Es una especie del género registro que no se agota en la simple inspección del lugar allanado, sino que presupone una labor activa de búsqueda.

En cuanto a los tipos de allanamiento, éstos pueden clasificarse de varias formas:

1. Según su finalidad.
2. Según el lugar.
3. Según la hora.
4. Según la orden judicial.

Según la finalidad, éstos pueden ser con fines judiciales o protectores. En relación con los fines judiciales, el allanamiento puede a su vez clasificarse como un medio de prueba, cuando pretenda la búsqueda de material probatorio para el proceso mediante el registro de la morada, o bien, puede ser un allanamiento

represivo, cuando lo que se busca es impedir la comisión o impunidad de un delito. Respecto a los fines protectores, el allanamiento será de este tipo, cuando sin estar de por medio ningún proceso judicial, se allane el domicilio para proteger a las personas o a la propiedad de daños graves.

Según el lugar, el allanamiento puede efectuarse en un lugar habitado o en sus dependencias, en una casa de negocios, en una oficina, en locales públicos y en establecimientos de reunión o recreo, cuando éstos se encuentren abiertos al público y no estén destinados a habitación.⁷⁶

La hora es otro punto de partida para determinar el tipo de allanamiento, ya que puede ser que se esté frente a un allanamiento con o sin limitación horaria. Si el allanamiento se realiza en un lugar habitado o en sus dependencias, en una casa de negocios o en una oficina, deberá efectuarse a la luz del día entre las seis y las dieciocho horas. Mientras que si se trata de locales públicos o establecimientos de reunión o recreo podrá efectuarse a cualquier hora mientras se encuentren abiertos al público.⁷⁷

La orden judicial es otro factor a considerar. De esta forma, puede ser que el allanamiento deba efectuarse con orden judicial previa o sin ella, y no por esta razón devenir en ilegal. Al respecto Binder indica: “ *Existen..., algunos casos en*

⁷⁶ Código Procesal Penal, arts., 193,194.

⁷⁷ Ibid.

los cuales es posible ingresar a algunos de éstos ámbitos de privacidad sin la debida autorización. Son excepciones que se fundan ya sea en razones humanitarias (por ejemplo, cuando se escuchan voces de auxilio o se produce un accidente o una catástrofe y es necesario que la autoridad ingrese al domicilio para prestar socorro), ya sea en razones de necesidad (por ejemplo cuando se está persiguiendo a una persona y es necesario proseguir su persecución dentro de alguna vivienda o cuando se está cometiendo un delito dentro de una vivienda y es necesario evitar su prosecución o su consumación).”⁷⁸

Según Hidalgo Murillo *“Para que el allanamiento con orden sea legítimo se requiere, en primer lugar, que la orden proceda de un juez competente, mediante resolución debidamente fundamentada y, en segundo lugar, que se hayan determinado los suficientes motivos para sospechar que en el sitio contra el cual se ordena, existen cosas relacionadas con un delito, o que en ese lugar puede efectuarse la detención del imputado. (...) A su vez, la orden debe contener el nombre del Juez y el cargo; determinar el lugar o los lugares que puede ser registrados; el nombre de la autoridad que puede ejecutarlo; el motivo y la hora y fecha en que debe practicarse.”⁷⁹*

⁷⁸ BINDER (Alberto), citado por LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *op.cit.*, p. 467.

⁷⁹ HIDALGO MURILLO (José D.), *Manual de derecho procesal penal costarricense*, San José, editorial Editec Editores S.A., segunda edición, 2000, p. 262.

En cuanto a la determinación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, habría que indicar que no se puede ordenar el allanamiento genérico de todas las casas de un barrio o de todos los apartamentos de un edificio. Sin embargo, la Sala Tercera de la Corte, en nuestro criterio, violando el inciso b) del artículo 195 del Código Procesal Penal, ha admitido el ingreso a todas las habitaciones con la sola orden de allanamiento de un hotel.⁸⁰

El sujeto procesal legitimado para llevar a cabo la diligencia, puede ser el juez, si se trata de un lugar habitado o en sus dependencias, en una casa de negocios o en una oficina. Pero también la diligencia podrá ser efectuada por un funcionario del Ministerio Público, o bien, por la Policía Judicial en aquellos casos en que el Juez delegue esa facultad, siempre y cuando, se trate del allanamiento de locales públicos y establecimientos de reunión o recreo, mientras permanezcan abiertos al público y no estén destinados a habitación.

El allanamiento se verá complementado con el secuestro de las evidencias recolectadas para su futuro análisis – si lo requiere – y custodia definitiva. La diligencia será documentada en un acta que deberán firmar todos los concurrentes.

⁸⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 745 de las 9hr. 25m. del 28 de noviembre de 1996.

En caso en que no se cumplan con las formalidades de ley, la autoridad o funcionario público que efectúe el allanamiento o lo ordene realizar en esas condiciones, incurrirá en el delito de allanamiento ilegal, previsto y sancionado por el artículo 205 del Código Penal y, si la formalidad faltante es precisamente la orden judicial en aquellos casos en que es necesaria, se incurrirá en la agravante que prevé la ley para ese delito, todo ello como una manifestación de la garantía de inviolabilidad que impregna al domicilio y que castiga incluso con prisión el irrespeto, tanto de la garantía como de la reserva legal en lo que respecta al allanamiento.⁸¹

La ausencia de la orden judicial, es uno de los casos típicos en que procede declarar la nulidad del allanamiento, éste constituye un defecto absoluto, al tenor de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 178 del Código Procesal Penal, que califica como tales a *"...los que impliquen inobservancia de derechos y Garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley..."*. Ya que la propia Constitución Política establece la *excepcionalidad de una medida semejante, por afectar un derecho fundamental (la inviolabilidad del domicilio); así como los requisitos mínimos que han de cumplirse para que sea legítima, resulta claro que la realización del acto sin respetar tales*

⁸¹ Código Penal, Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970, San José, editorial Porvenir S.A., undécima edición, 1997, art. 205.

*exigencias da lugar a defectos que no son convalidables ni requieren protesta alguna de las partes, según lo disponen los artículo 176 y 177 del Código de rito.*⁸²

Esta orden debe plasmarse por escrito en forma previa a la realización de la diligencia, no bastando la simple presencia del juez, a menos de que se trate de los supuestos del artículo 197 del Código de rito. Debe contener los requisitos de ley y ha de ser el producto de una solicitud previa del representante del Ministerio Público, quien tiene la obligación de asistir en forma personal al acto.⁸³

Desde el punto de vista práctico, los tribunales de justicia han hecho algunas precisiones en cuanto a la diligencia de allanamiento. En primer lugar han expresado que la inasistencia de un defensor a la práctica de este medio de prueba no anula el allanamiento, por cuanto no nos encontramos frente a un acto definitivo e irreproductible.

⁸² Véase, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1114 de las 9 hr. 10m del 3 de setiembre de 1999.

⁸³ "En consecuencia, la Jueza acude ante el llamado de un sujeto no legitimado en la nueva legislación procesal penal para solicitar la realización de una diligencia de tan trascendente importancia. El Fiscal es el encargado de la investigación preparatoria y es el que debe decidir y solicitar lo pertinente al juez de dicha etapa, concebido como "juez de garantías". En este caso, iniciado todo al amparo del nuevo Código Procesal Penal, el Fiscal brilla por su ausencia y todas las diligencias previas son realizadas por la policía sin que conste que dentro del plazo de seis horas hayan informado al Fiscal de la zona y éste haya asumido la investigación o girado las directrices correspondientes a los oficiales que ya actuaban, pues nada de ello se menciona en el informe ni lo narran los oficiales que declararon en la audiencia (...) No obstante, lo más relevante de este asunto es que no constan ni los términos en que fue gestionada tal solicitud de allanamiento a la Jueza, ni la orden previa dictada por ésta en que se razonen los motivos que amparan la decisión de allanar la cabina." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 468 de las 9 hr. 20 m. del 23 de abril de 1999.

En este sentido se ha dicho:

"[...] conviene señalar que la inasistencia de un defensor no invalida la práctica de un allanamiento. Así lo ha hecho ver esta Sala en el voto 468-99, de 9,20 hrs. de 23 de abril del año en curso: "...el allanamiento no es un acto que pueda, en principio, encasillarse dentro de aquellos que el Código Procesal Penal califica como anticipos jurisdiccionales de prueba en el numeral 293. Varias son las razones para ello: en primer lugar, si partimos de que se está en fase de investigación, es decir, se manejan sospechas de la posible participación de determinadas personas en un determinado hecho delictivo, en realidad no se tiene un cargo concreto que atribuir -requisito indispensable de toda imputación, aunque sea informal- y por ello, no puede hablarse en esos momentos de imputados (...)

En segundo término debe señalarse que la intervención del juez en esta diligencia de investigación es suficiente garantía de la legitimidad del acto, porque está prescrita desde la propia Constitución como requisito ineludible y, para sus efectos, suficiente (...) Lo dicho no impide que el juez pueda nombrar a un defensor público para que asista a la diligencia, como también está previsto para los anticipos jurisdiccionales de prueba que deban practicarse en forma urgente,

*sin que ello signifique que sea necesario o indispensable hacerlo, porque la participación del juez es suficiente.*⁸⁴

Parte la Sala de que en toda diligencia de allanamiento se está frente a una acto de la investigación en el cual aún no se tiene individualizada la imputación y por consiguiente a los imputados.

Supongamos el caso hipotético en que un criminal es sorprendido infraganti, se ordena prisión preventiva y el allanamiento de su morada ya en la etapa intermedia. En este caso en forma evidente se tiene individualizado al imputado, por lo que la primera razón de peso que arguye la Sala es errónea. Realmente, la verdadera razón para justificar la inasistencia de un defensor es la presencia del juez, quien es garante de los derechos fundamentales.

Con estos argumentos la Sala lo que hace es justificar la inasistencia del defensor, pero no desvirtúan el hecho de que el allanamiento pueda ser considerado definitivo e irrerproductible. De hecho, hemos sostenido que el

⁸⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 770 de las 9 hr. 5 m. del 25 de junio de 1999. "... la omisión de nombramiento de un defensor que participe en la realización de las diligencias iniciales de la investigación y sobre los actos preliminares que conducirán a la individualización del imputado, no infringe el debido proceso, siempre y cuando exista la participación y el control suficientes de parte del juez de garantías en tales actuaciones..." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6469 de las 14hr. 33m. del 18 de agosto de 1999.

desarrollo de todos los medios de prueba puede ser considerado dependiendo de las circunstancias y particularidades del caso, un acto de esta naturaleza.

La forma en que se encuentre el interior del recinto, las personas que allí estén; los objetos que se hallen, su ubicación, cantidad, calidad, etc., sólo en esa oportunidad se hallarán de esa forma, pues aunque el lugar se asegure y se impida la entrada, o se fije fotográfica o videográficamente el lugar, nunca será igual, por lo que hemos de precisar que estamos en presencia de un acto definitivo, que pese a su naturaleza, no se rige por las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba.

Otro de los aspectos que ha precisado la Sala lo es en cuanto a la notificación previa de la orden judicial de allanamiento, al respecto ha dicho que tal requisito *“...no tiene asidero alguno en la ley y es absurdo, ya que tornaría imposible o inútil la diligencia, en muchos de aquellos casos en que la gravedad y la urgencia concurren, frustrando la inteligencia y los objetivos que justifican el allanamiento, como medida excepcional que autoriza nuestro ordenamiento. Por el contrario, no debe perderse de vista que según nuestra legislación el juez puede realizar personalmente el allanamiento, incluso cuando los habitantes o poseedores del lugar, o su encargado, estén ausentes, situaciones que han sido expresamente reguladas.”*⁸⁵

⁸⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1062 de las 8 hr. 55m. del 26 agosto de 1999.

En cuanto a este punto, se encuentra en tesis de discusión el hecho de que con el allanamiento pueden verse afectados derechos fundamentales, lo que haría necesaria la citación previa de todas las partes⁸⁶ (artículo 293 del Código Procesal Penal), sin embargo, al igual que lo hace la doctrina nacional,⁸⁷ consideramos el allanamiento como un medio de prueba excepcional, en el cual la sola presencia del juez es garantía de la legalidad del mismo, ya que con la citación previa de las partes evidentemente se podrían frustrar los resultados de la diligencia.

v. La pericia

Para Moras Mom *"La prueba pericial es el aporte de conocimiento que en el proceso y respeto de ambos extremos de su objeto o de alguna o algunas de sus circunstancias, producen personas que poseen capacidades científicas, artísticas o técnicas especializadas, indispensables para poder conocerlos o apreciarlos."*⁸⁸

Según Leone, *"...la peritación es una indagación concerniente a materia que exige particulares conocimientos de determinadas ciencias o artes."*⁸⁹

Consiste en un medio de prueba, del cual pueden disponer los sujetos procesales para extraer, sea mediante métodos científicos o técnicas

⁸⁶ Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 548 de las 9 hr. 10m. del 22 de setiembre de 1995.

⁸⁷ Véase HIDALGO MURILLO (José D.), op. cit., pp. 94,95.

⁸⁸ MORAS MOM (Jorge R.), op. cit., p. 232.

⁸⁹ LEONE (Giovanni), op.cit., p. 195.

especializadas, el significado que arroja un elemento de prueba, en virtud de que ese conocimiento no puede ser percibido por el entendimiento medio del Juez o el Ministerio Público.

Tanto el procedimiento utilizado para extraer el significado, así como las conclusiones obtenidas, deben ser consignadas en un dictamen que a la postre, servirá como prueba legítima para ser evacuada en juicio.

*El perito es entonces, "...quién, por razón de los conocimientos especiales que posee sobre una ciencia, arte, disciplina o técnica, emite el dictamen. A su turno, dictamen es un juicio técnico sobre acontecimientos, situaciones u objetos relacionados con la materia de la controversia. Resulta de aquí que el perito es en todo caso un tercero, dotado de ciertos conocimientos especiales que, al requerimiento del juzgador o por petición de una de las partes, se pone en el juego para fines procesales. La actividad del perito se consolida en el dictamen, el cual siempre tiene la condición de un juicio, si bien que de carácter invariablemente técnico, jamás empírico o de culpabilidad."*⁹⁰

En cuanto al objeto de la pericia, la ley no indica ninguna restricción para que determinado elemento probatorio sea analizado por un experto, por lo que en principio, ésta puede referirse a cualquier tipo de evidencia o materia. Sin embargo, pareciera que en aspectos subjetivos del imputado, como su

⁹⁰ GARCÍA RAMÍREZ (Sergio), *op. cit.*, p. 358.

habitualidad, profesionalidad, tendencia a delinquir, etc., el expertaje, si bien podría realizarse, su grado de exactitud sería no muy confiable, ya que son aspectos muchas veces de orden psíquico muy difíciles de apreciar.

La capacidad del perito es el presupuesto que se sigue para ordenar la pericia y darle fiabilidad a sus conclusiones, ésta consiste en términos generales, según Florian, en el conjunto de requisitos o atribuciones de una persona para que pueda asumir esa función procesal. Son requisitos que tienen en cuenta la aptitud de la persona, sea sin referirse al procedimiento que se trate, a lo cual se le llama capacidad en abstracto, sea teniendo en cuenta ese conocimiento, que consiste en la capacidad en concreto.⁹¹

Tal capacidad, según la actual normativa procesal penal, deberá ser acreditada por el perito mediante el “título habilitante” en la materia respectiva, siempre que se trate de una rama del saber que se encuentre reglamentada (v.gr., la ingeniería). En caso contrario, deberá, la persona que ordena la pericia, designar a alguien con un conocimiento experto y cuya idoneidad se haga manifiesta. (art. 214 *ibid.*)

Suele diferenciarse doctrinariamente, entre el conocimiento que aporta el testigo, en relación con el conocimiento que el perito hace allegar al proceso

⁹¹ FLORIAN (Eugenio), De las pruebas penales, Bogotá, editorial Temis, tomo II, tercera edición, 1982, p. 377.

mediante su expertaje. Se afirma que la diferencia entre el perito y el testigo *"...está en que este último percibió y conoció antes del proceso y transmite durante el mismo; en tanto que el perito conoce después del hecho, también durante el proceso. Es ésta la razón por la que al perito se le llama: testigo ex post facto, lo cual determina que el perito, en lo que sea aplicable, se regule supletoriamente por las reglas del testimonio."*⁹²

La pericia puede ser ordenada durante el desarrollo de la investigación. Deberá indicarse, por parte del tribunal que la ordene, el número de peritos que deben intervenir, los temas de interés por analizar y el plazo en que será entregado el dictamen respectivo. (art. 215 *ibid.*)

Con la finalidad de dar participación a los sujetos procesales en el control de la evidencia, cuando la pericia no sea de suma urgencia ni muy simple, o cuando se trate de un acto definitivo o irreproducible, la autoridad que la ordene, deberá notificar al Ministerio Público y a los defensores, antes de que se inicie el expertaje, plazo dentro del cual, las partes podrán proponer otros peritos, o bien, otros temas por analizar. (art. 216 *ibid.*) También podrán participar junto con sus consultores técnicos en la práctica de la pericia, pero en forma presencial y cuando sea pertinente. (art. 217. *Ibid.*)

⁹² MORAS MOM (Jorge R.), *op. cit.*, p. 233.

Si por lo urgente del caso no se notificó previamente a las partes de la realización de la pericia, sus conclusiones deberán ser puestas en conocimiento de éstas, por el término de tres días, plazo en el cual, se podrán presentar objeciones a la misma y solicitar que se amplíe o repita. (art. 222 ibid.)

Uno de los aspectos en los que existe controversia, es en cuanto al sujeto procesalmente legitimado para ordenar la pericia. En este tema, el Código Procesal Penal es claro en admitir que el medio de prueba en comentario, puede ser ordenado tanto por el Juez como por el Fiscal, siendo lo común en la práctica judicial, que al ser el Ministerio Público el encargado de la investigación preparatoria y por ende con facultades investigativas, sea éste el que ordene efectuar la pericia.

Sin embargo, el problema se da al contemplarse la posibilidad de que sea la Policía Judicial la que en forma científica ordene directamente evacuar el medio de prueba, ya que hay quienes niegan tal facultad del órgano represivo y otros que sí la admiten. Según Hidalgo Murillo, *"...los oficiales del organismo investigación judicial no pueden ordenar pericias, aunque sí dirigen las pericias que les han sido encomendadas por el Juez o por el Fiscal del Ministerio Público. Por eso, hemos de distinguir con claridad entre la orden de una pericia, misma que corresponde al Juez o al Fiscal y la realización de una pericia, que puede corresponder, bajo el control y dirección del Fiscal a la misma Policía Judicial pues, en el sitio del hecho, los oficiales pueden levantar planos, realizar exámenes técnicos y demás*

*operaciones técnicas y, a solicitud de la autoridad competente, realizar las autopsias, los exámenes clínicos forenses, los análisis científicos propios de los laboratorios, etc.”*⁹³

En tal sentido, dicho autor distingue entre lo que es la Policía Judicial científica y la Policía Judicial técnica. Esta última, actúa en esa condición, cuando por ejemplo levanta huellas dactilares, determina el grado de alcohol en la sangre, la extrae del cuerpo, comprueba en campo la naturaleza de una droga, etc. Mientras que cuando se trata de una pericia científica, dichos peritos pueden ser la misma Policía Judicial, que conforma un sector profesional del Organismo de Investigación Judicial, caso en el cual, deberán ser nombrados como peritos por el Juez o el representante del Ministerio Público.⁹⁴

Contrario al argumento anterior, la Fiscalía General de la República ha sostenido que la Policía Judicial sí puede ordenar por sí misma la pericia y al efecto ha establecido en la circular número 17 – 1998:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 283 del C.P.P., el Organismo de Investigación Judicial puede ordenar internamente la realización de las pericias que sean necesarias y urgentes, así como aquellas repetibles y sencillas, e, igualmente, las que se deriven de una actuación pericial ordenada de conformidad

⁹³ HIDALGO MURILLO (José D.), *op. cit.*, pp. 272, 273.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 273.

*con el artículo 4 incisos 10 y 11 de su Ley Orgánica y el art. 286 inciso c) del C.P.P. En su solicitud se incluirá una observación que indique a qué Fiscalía se deberá remitir el resultado del análisis.*⁹⁵

El criterio empleado por la Fiscalía General parte de dos supuestos: pericias necesarias y urgentes y las que son repetibles y sencillas; casos en los cuales el Organismo de Investigación Judicial podrá ordenar que se lleve a cabo la pericia sin necesidad de un nombramiento previo por el Juez o el Fiscal.

Este argumento tiene sentido y se ajusta a la realidad de un proceso penal ágil y práctico, por cuanto lejos de perjudicarse los resultados de la investigación, se está procurando hacer arribar al proceso el significado de la evidencia que requiere una extracción rápida para evitar su alteración o destrucción.

De esta forma, si se toma en cuenta que la Policía Judicial es un órgano especializado que maneja inclusive mejor que el juez o el fiscal, las técnicas de investigación criminal; si se parte de que el resultado de la pericia puede ser puesta en conocimiento de las partes luego por el término de tres días para que éstas manifiesten lo que estimen pertinente; si se considera la posibilidad de que la pericia no pueda efectuarse si se deja transcurrir algún tiempo y de esta forma desechar datos probatorios quizás cruciales para el descubrimiento de la verdad histórica y; si se toma en cuenta que la ley (Ley Orgánica del Organismo de

⁹⁵ Circular No. 17 del 6 de octubre de 1998, op.cit., p. 4.

Investigación Judicial art. 4 incisos 10 y 11, Código Procesal Penal art. 286 inciso c) faculta a la Policía Judicial para ordenar peritaciones si lo estima conveniente para la buena marcha de la investigación; parece no haber duda en que dicho órgano sí está legitimado procesalmente, tanto para efectuar por sí mismos la pericia, como para ordenarle a un perito que la lleve a cabo y que remita su dictamen a la autoridad respectiva. Claro está, en aquellos casos que no sean urgentes, será necesaria la intervención del juez o del fiscal como garantes del acto.

La pericia como medio de prueba rinde su utilidad en la mayoría de los casos al plasmarse en un dictamen que posteriormente será admitido como prueba en el debate, esto por cuanto, no es muy usual que el perito sea requerido para que exponga su expertaje en forma oral.

“El dictamen es el acto procesal emanado del perito designado, en el cual, previa descripción de la persona, cosa o hechos examinados, relaciona detalladamente las operaciones practicadas, sus resultados y las conclusiones que de ellos derivó, conforme a los principios de la ciencia, arte, o técnica.”⁹⁶

En cuanto a su valor probatorio, el Juez puede considerar el dictamen pericial a la luz de las reglas de la sana crítica, por lo que puede apartarse del mismo, manifestando sus razones en forma clara. En este sentido, la Sala Constitucional

⁹⁶ CAFFERATA NORES (José), *op.cit.*, p. 69.

ha dicho que la separación por parte de los juzgadores, del criterio técnico contenido en una prueba pericial no lesiona el debido proceso, siempre que se fundamente el motivo de la separación, y el razonamiento resulte conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.⁹⁷

El que exista el deber de fundamentar un criterio distinto al esbozado en un peritaje, no significa entonces que se tenga que dar una aceptación absoluta de las conclusiones a que llegan los peritos, como ha sucedido en nuestra práctica judicial. Es común que nuestros jueces no hagan un análisis minucioso de las pericias, dando por un hecho en sentencia las conclusiones a las que el perito arriba.

Al respecto debe hacerse notar, que el orden constitucional y la normativa procesal exigen la debida fundamentación del fallo judicial, lo que se traduce en un análisis de todas las probanzas pertinentes y útiles para emitir la sentencia.

El juez, es el encargado de arribar a las conclusiones, mediante la elaboración lógica de razonamientos que parten de premisas elaboradas de los hechos

⁹⁷ "...no lesiona el debido proceso la decisión del juzgador de apartarse del contenido de un dictamen pericial, siempre y cuando esa decisión se encuentre debidamente fundamentada y tenga como presupuesto la valoración del acervo probatorio conforme a la Sana Crítica" Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2806 de 14 hr. 57 m. del 11 de junio de 1996, en igual sentido Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5917- 96 de las 14 hr. 56 m. del 5 de noviembre de 1996.

alegados, los fundamentos jurídicos y la prueba que se constata en el expediente, dentro de la que encontramos los expertajes.

Si el juez da por sentadas en sentencia las conclusiones a que llegan los peritos, estaría declinando parte de su labor en sus auxiliares, quienes únicamente intervienen en la etapa investigativa del crimen, más no jurisdiccional. Así, el juez debe tener presente que el perito no tiene la visión amplia con la que él sí cuenta para deliberar la causa penal que se analiza, por lo que sus conclusiones, si se ven en forma aislada, pueden ser válidas y verdaderas, pero si se ponderan y analizan con la totalidad de la prueba, puede ser que pese a su validez formal y rigurosidad científica, sean falsas.

Los peritajes por lo general se basan en exigencias y reglas de orden científico, pero desde el punto de vista jurídico, la valoración de las pruebas no puede limitarse a estos criterios, por que nuestro sistema de valoración probatoria, a saber, el de la sana crítica, exige una ponderación de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Como lo indica Llobet Rodríguez, en esta labor interpretativa y de valoración crítica de los peritajes, resulta de gran importancia la labor de los consultores técnicos de las partes, los que pueden presencia la realización de la pericia,

interrogar a los peritos, hacer observaciones y participar en la discusión final del juicio oral y público.⁹⁸

La aceptación acrítica de los peritajes por parte de los jueces, puede estar generando en el medio judicial, sentencias con vicios de falta de fundamentación probatoria.⁹⁹

En cuanto al tema de la cadena de custodia de la evidencia, debemos precisar que el laboratorio especializado para el análisis de cada tipo de indicio debe externar en su dictamen un detalle preciso de las condiciones y estado en que se encontraban las muestras levantadas previamente en la escena del crimen y que le han sido entregadas, rendir sus conclusiones y cumplir con las mismas exigencias técnicas y legales de rigor para remitir la evidencia al despacho judicial que corresponda o bien proceder a su destrucción.

Para Campos Calderón, es de suma importancia poner especial atención a dicha descripción, ya que de ahí se podrían dilucidar vicios en la técnica de extracción de las muestras que afectan la validez probatoria de los indicios, o viceversa, se podría confirmar su pureza.¹⁰⁰

⁹⁸ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *op.cit.*, pp. 490 – 491.

⁹⁹ Al efecto véase, Tribunal Superior Cuarto Penal, Sección Segunda, No. 290 de las 8 hr. 45 m del 28 de febrero de 1992.

¹⁰⁰ CAMPOS CALDERÓN (Federico), La cadena de custodia de la evidencia (su relevancia en el proceso penal), Revista Justicia de Paz, San Salvador, año IV, Vol. III., No. 10, setiembre – diciembre de 2001, p. 94.

vi. El secuestro

En términos genéricos, Leone define el secuestro como aquel medio de prueba que *"...tiende a asegurar las cosas correspondientes al delito, determinando la indisponibilidad de ellas."*¹⁰¹

Moras Mom, diferenciándolo de otros medios de prueba, indica que *"...una cosa es describir lugares, personas, cosas y eventualmente recoger algún elemento que complementa esa descripción."*

Otra es mandar buscar cosas u efectos que pudieran estar en lugares que se señalan; cuyo resultado como búsqueda puede ser positivo o negativo.

Y otra muy diferente, aunque su ejecución pueda insertarse en las dos anteriores, es ordenar la aprehensión de una cosa determinada relacionada con el delito: que pueda servir como pruebas del mismo, o que sean objeto de confiscación...

*Esa aprehensión de cosas, es lo que se rotula por la ley secuestro".*¹⁰²

El secuestro como medio de prueba consiste en la orden de aprehensión de elementos probatorios útiles y relevantes para averiguar los extremos de la imputación delictiva.

¹⁰¹ LEONE (Giovanni), *op.cit.*, p. 227.

¹⁰² MORAS MOM (Jorge R.), *op. cit.*, p. 192.

Este medio probatorio es en la mayoría de las oportunidades el complemento de otro, (v.gr., el secuestro de objetos encontrados por medio de un allanamiento o un registro) por lo que habrán de observarse los requerimientos formales que dispone la ley para resguardar la legitimidad de la prueba, ya que de nada serviría por ejemplo, respetar las formalidades del allanamiento si al momento de incautar la evidencia no se respetan las formalidades del secuestro.

El secuestro puede recaer sobre todos aquellos objetos relacionados con el delito, como lo son los objetos sobre los que recayó el ilícito, los instrumentos empleados para realizarlo y los que son producto de éste. Puede recaer además sobre aquellos objetos sujetos a comiso, según los términos del artículo 110 del Código Penal y, sobre aquellos que puedan servir como prueba. (art. 198 *ibid.*)¹⁰³

En cuanto al objeto del secuestro, la ley comete dos errores conceptuales: primero, porque indica que pueden ser objeto de secuestro aquellos sujetos a confiscación, cuando esté instituido se encuentra proscrito incluso a nivel constitucional, y segundo, por que indica que pueden ser objeto de secuestro aquellos que podrían servir como medios de prueba, cuando el medio de prueba es el procedimiento establecido por ley para hacer allegar al proceso los

¹⁰³ Hidalgo indica en relación con el objeto del secuestro lo siguiente: "De principio, solo están sometidos a secuestro o decomiso las evidencias materiales que exigen ser procedas (sic); los objetos con que se cometió el delito; el objeto por el que se cometió el delito; aquellos medios que sirvan para identificar al autor del hecho, a la misma víctima o que permitan esclarecer la escena del crimen." HIDALGO MURILLO (José D.), *op. cit.*, p. 265.

elementos probatorios, por lo que el legislador lo que quiso indicar es que podrían ser secuestrados todos aquellos datos probatorios cuyo significado podría ser valorado como prueba en el debate.

A diferencia de la anterior normativa procesal penal, la actual, permite que además del Juez, el Ministerio Público e incluso la Policía Judicial, puedan ordenar el secuestro de los objetos antes indicados. (art. 198 *ibid.*) Sin embargo la norma no es clara, ya que indica que en los casos urgentes, la orden de secuestro podrá delegarse en un funcionario de la Policía Judicial y, si se había indicado que la misma Policía represiva podía ordenar éste medio de prueba, ¿Qué sentido tendría delegarlo en éstos? La lógica de la delegación en este caso, se encuentra, según indica Llobet Rodríguez, en el supuesto en el que el secuestro ya había sido ordenado por el Juez o por el Ministerio Público.¹⁰⁴

En razón de lo anterior deben distinguirse en el secuestro dos momentos procesales: la orden judicial para su práctica, y su realización efectiva, que recae en la generalidad de los casos en el Organismo de Investigación Judicial, por ser éste el órgano técnico más idóneo para resguardar el legítimo manejo procesal de la evidencia.

¹⁰⁴LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *op.cit.*, p. 469.

Para el secuestro se seguirán las reglas del registro, por lo que deberá levantarse un acta¹⁰⁵ de la diligencia, haciendo un inventario de los objetos secuestrados y disponiéndose su reproducción en aquellos casos en que la evidencia pueda desaparecer, alterarse o sea de difícil custodia. (art. 199 *ibid.*)

La doctrina suele indicar además, como requisito de este medio de prueba, que el personal que realice la diligencia debe estar acompañado de dos testigos, para así evitar problemas posteriores en el caso de violación de la cadena de custodia, y de esta forma, respaldar el dicho de los oficiales con prueba testimonial y conservar la legitimidad de la prueba.¹⁰⁶

Por otra parte, debe considerarse el hecho de que existe una normativa especial para el caso del registro y secuestro de documentos privados. Se trata de la Ley No. 7425 de 1 de agosto de 1994, Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones.

¹⁰⁵ "En cuanto al primer reclamo, la mayoría del Tribunal estima que la nulidad del acta de decomiso no provoca la exclusión de la evidencia decomisada por los agentes policiales. Los errores u omisiones del decomiso, no debe provocar, como lo sugiere el recurrente, una exclusión radical de la prueba y evidencia decomisada por la policía (...) No obstante la nulidad del acta de decomiso, el juzgador podía valorar la evidencia recabada por la policía, por otros medios de prueba, tal como se hizo en el fallo recurrido." Tribunal Superior de Casación Penal, No. 132 del 23 de abril de 1999. Este criterio, fundado en el principio de libertad probatoria, tiene asidero lógico, siempre y cuando los otros medios de prueba empleados para valorar la evidencia no sean las mismas declaraciones de los funcionarios judiciales que por su actuar negligente o imprudente provocaron la nulidad del acta.

¹⁰⁶ GASPAR (Gaspar), Nociones de criminalística e investigación criminal, Buenos Aires, editorial Universidad, primera edición, 1993, p. 53.

Esta normativa se extiende en forma general a todo medio capaz de capturar en forma declarativa, representativa o ilustrativa, información catalogado de carácter privado, como es el caso de correspondencia, fax, videos, casetes, discos, libros, registros, dibujos, cuadros, radiografías, etc.

En lo que atañe al registro de la documentación privada, por disposición del artículo 3 de dicha ley, debe emitirse una orden judicial, en que se individualicen, de ser posible, los documentos sobre los cuales se llevará a cabo el medio de prueba, además debe indicarse el nombre de la persona que tiene en su poder la documentación y el lugar donde se encuentran. De importancia es el enunciado del artículo quinto, mismo que al efecto dispone:

“Se efectuará un inventario de los documentos secuestrados y se mantendrán en segura custodia, a disposición del Tribunal, el cual entregará al interesado un recibo detallado de los documentos que permanezcan en su poder.

Unicamente en casos de sentencia condenatoria, en los que sea aplicable el comiso, los documentos secuestrados quedarán en poder del Juez.

Cuando los documentos secuestrados corran riesgo de desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o así convenga al proceso, podrá disponerse la obtención de copias o reproducciones de ellos. Los documentos deben asegurarse con el sello del Tribunal, con la firma del Juez y la del Secretario; además, las copias deberán firmarse en cada una de sus hojas. Igual procedimiento ha de seguirse si se entrega copia de los originales a quien le fueron secuestrados. Cuando su

depósito le cause algún perjuicio al interesado, y sea posible a juicio del Juez, le serán devueltos los documentos originales. En ese caso, quedarán en custodia del Tribunal copias auténticas de ellos.”¹⁰⁷

Dicha disposición resulta más explícita en cuanto a los requerimientos de custodia de la documentación privada, en especial se preocupa por su eventual alteración o sustitución, previendo la obtención de reproducciones y la identificación del despacho mediante la consignación de sellos y firmas. Sin embargo resulta omisa para las demás etapas de la cadena de custodia de la evidencia, como es el caso de su extracción, embalaje, custodia definitiva y destrucción, entre otros.

No obstante, la ley en los numerales 7 y 8, sí se ocupa del examen técnico de los documentos, estableciendo que es competencia de la autoridad judicial encargada del despacho respectivo, remitir el documento original al laboratorio, previéndose de que conste en el expediente principal de la causa, una copia certificada del mismo.

c. Importancia del secuestro para la cadena de custodia de la evidencia

Como medio de prueba complementario, el secuestro se encuentra presente en todas aquellas diligencias tendientes a aprehender evidencia para el proceso.

¹⁰⁷ Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, No. 7425 de 1 de agosto de 1994, art. 5.

Su importancia radica en el hecho de que, a partir de su orden judicial y ejecución, inicia todo un procedimiento de salvaguarda, para mantener inalterado el significado de la evidencia hasta ser presentado como prueba legítima susceptible de ser valorada en juicio, permitiendo asegurar que la misma es la que fue hallada en la escena del crimen y que su significado se muestra intacto para corroborar, o bien, desechar, los extremos de la imputación delictiva, sin crear ningún tipo de duda al respecto.

Inicia a partir del secuestro de la evidencia la cadena de custodia de la misma en sede judicial; y es importante recalcar que se trata del inicio en sede judicial, ya que antes de ordenarse la recolección de ésta, y desde el momento en que se da el arribo de la autoridad a la escena del crimen, se busca el material probatorio, se halla, fija, etc., nos encontramos siempre dentro del tema de la cadena de custodia de la prueba, pero en lo que se podría llamar la etapa prejudicial, temas que serán tratados más adelante durante el desarrollo de este estudio.¹⁰⁸

Por el momento lo que interesa, es indicar que el secuestro como medio de prueba, tiene vital importancia para el tema de la cadena de custodia de la evidencia, por cuanto se convierte en la principal fuente que, en forma legítima, canaliza material probatorio al proceso que deberá ser resguardado. En otras palabras, sin material probatorio secuestrado el tema de la cadena de custodia no

¹⁰⁸ Véase infra., título segundo, capítulo primero, sección II.

tendría importancia para la práctica judicial desde un punto de vista legal y no meramente técnico, ya que se limitaría la custodia del dato probatorio a la etapa prejudicial.

Y es que respecto a la prueba penal, el tema de la cadena de custodia reviste un carácter fundamental, convirtiéndose, como será analizado, en toda una garantía procesal para el imputado, constitutiva incluso del debido proceso.

Como lo indican los autores, desde un punto de vista práctico *“...es necesario establecer si el testigo realmente pudo observar directa o indirectamente lo que dice haber visto; es preciso asegurarse de que el documento falso o el cuchillo ensangrentado son realmente lo que se sospechaba que eran y no algo diferente y ajeno al delito; todo ello porque el testigo puede mentir en cualquier sentido y por muchas razones. Los objetos pueden ser alterados o puestos en determinado lugar con el fin de señalar como culpable a un inocente”*.¹⁰⁹

La misma ley en forma expresa dispone el inicio de la cadena de custodia en sede judicial, cuando establece que el Juez, el Ministerio Público o la Policía Judicial al ordenar el secuestro de la evidencia dispondrán que la misma sea recogida y conservada.¹¹⁰ Aún más, establece que los objetos secuestrados deben

¹⁰⁹ FONSECA MONTOYA (Óscar), La prueba indiciaria en el proceso penal. Revista Judicial, año XLV, No. 47, setiembre de 1989, p. 39.

¹¹⁰ Código Procesal Penal, art. 198.

necesariamente, para cumplir con la legalidad del medio probatorio, ser inventariados y “puestos bajo custodia segura.”¹¹¹

Se observa como en la etapa de ejecución del secuestro, el órgano encargado de llevar a cabo este medio de prueba debe cumplir con tres acciones: recoger la evidencia, inventariarla y custodiarla. La cadena de custodia es el último de los eslabones, pero ello no quiere decir que no estuviera presente en las etapas anteriores, ya que este instituto procesal abarca todo tipo de manipulación de la evidencia física desde que es hallada hasta que deja de ser útil para el proceso, por lo que sus efectos se extienden incluso más allá de la etapa de juicio.

C. Clasificación

De importancia para el tema en estudio, suele dividirse la prueba penal en directa o indirecta y personal o real, sin dejar de lado otras posibles clasificaciones elaboradas por la doctrina.

1. Prueba directa

La prueba directa es la que en términos generales permite la constatación inmediata de los extremos de la imputación delictiva (comisión del hecho y

¹¹¹ Código Procesal Penal, art. 199.

participación del imputado) así como de las demás circunstancias relevantes que giran en torno a dicha imputación (por ejemplo, agravantes o atenuantes).

Se le conoce también como prueba histórica, y consiste en aquella prueba en la cual hay una relación directa e inmediata entre el objeto de prueba y el sujeto verificador.¹¹² No es necesario que la prueba se refiera a la totalidad de la acción para ser directa, ya que podría referirse a una parte de ésta y no por ello perder su grado de veracidad en torno al delito que se investiga.

La importancia de esta prueba, radica en que constituye una base sólida para fundamentar la sentencia del juzgador, sin tener éste que recurrir a mayores operaciones lógicas para, a través de inferencias, extraer una conclusión que permita acreditar uno o algunos de los hechos que se investigan.

El juez con base en las deposiciones de los testigos que observaron cuando “X” le introdujo el arma a “Y”, puede tener por acreditado en sentencia que efectivamente “X” agredió a “Y” sin tener que recurrir al análisis conjunto de otro tipo de prueba y hacer complejos razonamientos estructurados según las leyes de la lógica.

¹¹² QUINTERO OSPINO (Tiberio), citado por, CÉSPEDES CHINCHILLA (Gustavo), MOLINA VALVERDE (Mauricio), La participación de la policía administrativa en el acopio de la prueba, Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1996, p. 200.

Es por este motivo que la prueba directa genera el mayor grado de convicción en el juez para tener por acreditado o no el delito y su autoría, no obstante, en la mayoría de los casos, es muy difícil de hacerla arribar al proceso, por lo que se habrá de recurrir a otros tipos de prueba.

2. Prueba indirecta

Según Fonseca Montoya la prueba indirecta *"...es aquella que tiene por objeto inmediato y directo algo que ES DISTINTO DEL DELITO, pero que, a través de tal objeto así conocido, el juez puede, mediante raciocinio, tenerlo por cierto, así como la participación del delincuente: (El testigo no vio ya la pelea entre Juan y Pedro pero sí vio cuando Juan huía velozmente del lugar en donde después apareció Pedro muerto de una puñalada."*¹¹³

Mientras en la prueba directa el juez, para el análisis de la misma, no necesita más que de la percepción o intuición sensible, en la prueba indirecta el juzgador tiene que valerse de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia para, mediante un razonamiento inductivo, poder llegar a la constatación o no de los extremos de la imputación penal que se investiga.

Como ejemplos de este tipo de prueba tenemos las presunciones y los indicios. No obstante, por la naturaleza de este estudio y su vinculación con la

¹¹³ FONSECA MONTOYA (Óscar), op.cit., p. 39.

evidencia incautada, que en muchas oportunidades genera prueba indiciaria, sólo se hará referencia a los indicios.

a. Los indicios

Según Cafferata Nores *"El indicio es un hecho (o circunstancia) del cual se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro."*¹¹⁴

Para Manzini es *"...una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar"*.¹¹⁵

Constituye la base material de la prueba indiciaria, el cual, junto con el silogismo indiciario, conforman la estructura de este tipo de prueba penal.

El indicio posee un menor grado de aptitud y de eficacia probatoria, en virtud de su relación más remota con el tema fundamental de la prueba, pero no por ello deja de ser un elemento muy importante en la investigación criminal, ya que es el material más abundante con el que se cuenta para averiguar la verdad histórica.

No se debe olvidar que el indicio puede llegar a ser prueba indiciaria una vez introducido y evacuado en el debate, por lo que su legítimo manejo procesal y custodia definitiva serán presupuestos de validez del mismo.

¹¹⁴ CAFFERATA NORES (José), *op.cit.*, p. 180.

¹¹⁵ MANZINI citado por FONSECA MONTOYA (Oscar), *op.cit.*, p. 40.

Según lo ha expresado la propia Sala Constitucional, la prueba indiciaria no está descalificada para acreditar un hecho delictuoso.¹¹⁶ *“Por ende, el hecho de que algunos extremos del fallo hayan sido acreditados a través de indicios, no implica -por sí mismo- la existencia de vicio alguno en la valoración de las probanzas.”*¹¹⁷

El indicio por sí solo no prueba nada, por lo que es necesaria su vinculación con otros indicios en forma precisa y concordante para tener por acreditado un elemento de hecho concreto, del cual, mediante un razonamiento en forma silogística, se puede extraer la prueba indiciaria con efectos de condena o de absolución.¹¹⁸

“Es generalizada la confusión entre presunciones e indicios, voces a las que suelen darse uso como sinónimas. No lo son, sin embargo. La presunción apareja inversión en la carga de la prueba, o excepción de éstas, según se trate, respectivamente, de presunciones juris tantum o juris et de jure. En cambio, los indicios son hechos, datos o circunstancias ciertas y conocidas de los que se desprende, mediante elaboración lógica, la existencia de otras circunstancias,

¹¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2587, de las 15hr. 39m. del 8 de junio de 1993.

¹¹⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 33 de las 9 hr. 15 m. del 21 de enero de 1994.

¹¹⁸ Según Fonseca Montoya, los indicios deben tener las siguientes características: “... deben ser graves, precisos y concordantes, circunstancias eminentemente valorativas que serán establecidas también por el juez en cada caso particular.” por FONSECA MONTOYA (Oscar), op.cit., p. 43.

*hechos o datos desconocidos. En tales términos, las presunciones vienen fijadas por la ley, al paso que los indicios sólo cobran sentido bajó el prisma del raciocinio, mecanismo que los pone en contacto con el mundo de lo desconocido y buscado a través de la actividad probatoria procesal."*¹¹⁹

En cuanto a su estructura, se puede afirmar que el indicio conforma solamente el primer eslabón de la prueba indiciaria, por lo que ésta se verá compuesta por:

1. El Indicio: circunstancia o hecho conocido durante el desarrollo de la investigación.
2. El delito que se investiga.
3. El silogismo indiciario: Razonamiento inductivo del juez para establecer la relación jurídica entre los dos elementos anteriores y darles valor procesal.

Su fuerza probatoria se acredita mediante la relación de los elementos anteriores, analizando su grado de necesidad o contingencia para establecer su mayor o menor grado de convicción.

De esta forma, Cafferata Nores indica: *"Su fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar. Para que la relación entre ambos sea necesaria será preciso que el hecho "indiciario" no pueda ser*

¹¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ (Sergio), *op.cit.*, p. 376.

relacionado con otro hecho que no sea el “indicado”: es lo que se llama “univocidad” del indicio. Si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o al menos no es óbice para ella , la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama “indicio anfibológico”.¹²⁰

Uno de los aspectos más importantes por considerar cuando se utilizan los indicios para fundamentar la sentencia, es el hecho de hacer un análisis conjunto de todos ellos, precisamente para establecer su carácter necesario o contingente, por cuando debe existir una relación lógica entre cada uno, que les permitan explicarse entre sí, explicar su vinculación con el delito, y fundamentalmente, que no se contradigan ni que puedan ser explicados de otra forma.¹²¹

“El juzgador debe ser consciente de dos importantes compromisos que tiene en relación con la sentencia cuando utiliza este tipo de prueba [indiciaria] para llegar a un convencimiento definitivo: en primer lugar, debe exponer claramente por qué determinando conjunto de indicios le producen una certidumbre sobre un

¹²⁰ CAFFERATA NORES (José), *op.cit.*, pp. 180,181.

¹²¹ En este sentido la Sala Tercera ha indicado: “El Tribunal de mérito incumplió estos requisitos, no solo porque tomó los indicios casi como hechos objetivos, válidos para cualquier analista, sino también porque al exponer la valoración de la prueba indiciaria se concretó a hacer un estudio individual de cada uno de ellos sin observar la consistencia e idoneidad de éstos dentro de un cuadro global, es decir, en una consideración comprensiva de todos ellos, única forma de evitar los graves peligros que ofrece entender cada indicio en su carácter individual. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.525 de las 9hr. 45 m. del 6 de noviembre de 1992.

*hecho; en segundo lugar, el de indicar por qué tienen valor probatorio en relación con el hecho investigado.”*¹²²

En cuanto al silogismo indiciario, éste reviste especial importancia, tanto desde el punto de vista práctico como académico. Práctico, porque es en la elaboración del razonamiento en lo que más falla el juzgador y que da pie a la mayoría de recursos en esta materia. Académico, porque su estructura ofrece un campo de estudio filosófico muy interesante, muchas veces desconocido para el estudioso del derecho.

El silogismo indiciario es un razonamiento estructurado a partir de una premisa mayor, una menor y una conclusión. Es un razonamiento inductivo por dos razones: primero, porque se parte de hechos concretos o particulares (indicios) para llegar a una conclusión general.; segundo, porque la conclusión que se obtiene es probable y no necesaria.¹²³

¹²² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.525 de las 9hr. 45 m. del 6 de noviembre de 1992.

¹²³ Si bien la estructura del razonamiento inductivo se aprecia muy bien en el silogismo indiciario, lo cierto del caso es que esa es en realidad la naturaleza de todo razonamiento judicial, independientemente si se trata, o no, de indicios.

Como todo razonamiento debe ser sometido a las reglas de la lógica para acreditar su validez formal, lo cual no quiere decir que el mismo sea legal desde el punto de vista jurídico o verdadero desde el punto de vista científico.¹²⁴

La premisa mayor en el silogismo indiciario es una máxima de la experiencia, la premisa menor es el indicio y la conclusión acredita o no el delito mediante la relación de ambas premisas.

Por ejemplo:

- Todos los que poseen efectos o rastros del delito han participado en él (premisa mayor que equivale a una máxima de la experiencia).
- “ X ” se encontraba en posesión de uno de los cheques robados. (premisa menor que corresponde al indicio).
- “ X ” participó en el delito (conclusión).

Si bien el anterior razonamiento cumple con las exigencias formales para su validez, y en él se aprecia la estructura del silogismo indiciario. El mismo no es

¹²⁴ Suelen establecerse como reglas para la validez de los razonamientos las siguientes:

No debe tener más de 3 términos.

El término que está distribuido en la conclusión debe estar también en la premisa correspondiente.

El término medio debe estar distribuido por lo menos una vez.

Si una premisa es negativa la conclusión debe ser negativa.

Si la conclusión es particular, una premisa debe ser particular.

Dos premisas particulares al igual que dos premisas negativas equivalen a un razonamiento inválido. Véase CAMACHO NARANJO (Luis), Introducción a la lógica, San José, Editorial Tecnológica de Costa Rica, primera edición, 1983, pp.159 – 164. COPI (Irving), Introducción a la lógica, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, vigésimo séptima edición, 1984, pp. 225 – 231.

jurídicamente verdadero, ya que se parte de una premisa mayor falsa al afirmarse que “todos” los que posean rastros del delito han participado en él. Esto porque perfectamente podría ser que los rastros del delito (como lo es el cheque en el ejemplo) se encuentren en posesión de una persona en forma legítima, como cuando simplemente lo compra de buena fe a quien cree ser su dueño.¹²⁵

La premisa mayor en este caso debería establecerse como probable y no necesaria, para que así la conclusión sea también necesaria y por ende, además de ser formalmente válido, el razonamiento sea verdadero.

Por ejemplo:

- Es probable que todos los que poseen efectos o rastros del delito hayan participado en él.
- “ X ” se encontraba en posesión de uno de los cheques robados.
- Es probable que “ X ” participara en el delito (conclusión).

Este tipo de prueba, unida en forma precisa y concordante con otras de su misma clase, pese a ser de carácter probable, podría llegar a fundamentar la sentencia de condena, porque en cuanto mayor sea el número de pruebas indiciarias el grado de probabilidad va disminuyendo (carácter inductivo del

¹²⁵ “La sola posesión de objetos o valores robados no es un indicio de culpabilidad, ya que siempre existe la posibilidad de que el acusado haya tenido acceso al mismo por medios lícitos, y como él mismo explica, dentro de una relación negocial” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.525 de las 9hr. 45 m. del 6 de noviembre de 1992.

razonamiento) hasta llegarse a alcanzar la certeza intelectual que le exige la ley al juez para condenar. Debe hacerse la aclaración de que dicha certeza, por más concluyentes que sean las pruebas en que se fundamenta, siempre será una certeza relativa, nunca absoluta.

En atención a lo anterior Fonseca Montoya indica: *"...la convicción indiciaria se fundamenta en un silogismo, compuesto por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa mayor, llamada también, premisa absoluta, está constituida por las leyes de causalidad aceptadas por la razón con base en la experiencia. Manzini sita el siguiente ejemplo: de ordinario, el que sale clandestinamente en la noche de una casa ajena con un saco al hombro ha cometido un hurto. Esta, es la premisa mayor. La premisa menor consiste en el hecho concreto, probado y que se relaciona con esa regla genérica y abstracta de la premisa mayor: el imputado fue visto salir clandestinamente con un saco a la espalda de la casa y durante la noche en que se cometió el hurto investigado. Por último, dice el autor, la conclusión es la inferencia lógica que hace el juez relacionando las dos premisas, a saber, declarando al acusado autor de ese hecho o bien absolviéndolo por otro que también, se le atribuye presuntamente cometido esa misma noche y a esa misma hora pero, en un lugar lejano, pues el justiciable no ha podido estar a la vez en dos lugares diferentes. O sea el silo-*

gismo de la prueba indiciaria, sirve también para establecer la inocencia del sospechoso.”¹²⁶

Por su grado de complejidad, se dice que el trabajo mental para el juez en la valoración de la prueba indiciaria es doble ya que “... *no sólo debe convencerse de que el testigo es veraz o que el cuchillo impregnado con sangre de la víctima realmente apareció en el sitio que se dice, sino que, además, ha de hacer un segundo esfuerzo mental para determinar, por otra parte y mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica racional, (sic) si esa prueba indirecta permite tener por acreditado el delito y, en su caso, la participación del delincuente En cambio, cuando la prueba es directa, basta con el primer esfuerzo intelectual para tener por cierto lo que la prueba dice o enseña.*”¹²⁷

3. Prueba Personal

Se llama prueba personal, a aquel dato probatorio que es suministrado por el ser humano.

Para el tratadista Fenech, la prueba personal es aquella cuyo objeto instrumental está constituido por un ser con personalidad y conciencia, que colabora a formar el convencimiento del juzgador sobre la verdad de un hecho mediante declaraciones de conocimientos formales sobre éste, o sobre las

¹²⁶ FONSECA MONTOYA (Óscar), *op.cit.*, p. 42.

¹²⁷ *Ibid.*, 39.

circunstancias que los rodean, bien se haya obtenido por haberlo presenciado, o por referencia, o por haber aportado a dicho conocimiento otros conocimientos científicos, técnicos o artísticos, o finalmente por haber intervenido en el hecho mismo.¹²⁸ Casos típicos de prueba personal son el testimonio y el expertaje, e incluso la declaración rendida por el imputado.

4. Prueba Real

Constituye el dato probatorio que se infiere a partir del significado que emana de una cosa. Al igual que la anterior, el calificativo de real atiende a la fuente probatoria de la cual surge, por lo que el significado estará en estricta correspondencia con la veracidad de la cosa.

a. Requerimiento de custodia y conservación de la prueba real

A partir del significado que brota de la evidencia incautada, surge toda la temática relativa a la cadena de custodia de la prueba.

Por ella, como se verá más adelante, se trata de mantener intacto el significado de la cosa, y poderlo trasladar en forma legítima hasta el conocimiento del juzgador. Por lo que la prueba real es el eje central de partida del tema en estudio y de ahí su importancia.

¹²⁸ FENECH, citado por JIMÉNEZ PADILLA (María), op. cit., p. 113.

La prueba real como tal siempre es verídica, pero al tener contacto con el ser humano corre el riesgo de ser alterada en forma inconsciente o maliciosa, modificando su relación con el lugar, tiempo y modo. En forma evidente, sólo la prueba real requiere custodia y conservación, y en atención a ello el Código Procesal Penal dispone en su numeral 218:

“Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia, a disposición del tribunal. En caso contrario se ordenará el depósito.

Podrá disponerse la obtención de copias o reproducciones de las cosas secuestradas, cuando éstas puedan desaparecer, alterarse, sean de difícil custodia o convenga así a la instrucción.

Las cosas secuestradas serán aseguradas con el sello del tribunal y con la firma del juez y secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas.”¹²⁹

Por ahora, para efectos de este estudio, lo que interesa es resaltar la importancia que reviste la prueba real para el tema de la cadena de custodia de la evidencia, por cuanto su análisis más pormenorizado se hará en el título segundo de esta investigación.

¹²⁹ Código Procesal Penal, art. 218.

5. Otras clasificaciones

a. Prueba preconstituída y prueba concluyente

En cuanto a la prueba preconstituída, *“Se denomina así a: aquella que ha sido preparada de antemano, con el objeto de que sirva de elemento de verificación en el litigio eventual que pudiera surgir, a aquella que ha sido preparada con anterioridad al juicio, al fin de que acredite en su día el hecho que registre, o que se produzca una vez surgido el proceso; es por esta razón que se dice que es por excelencia la prueba documental, sobre todo cuando ha sido extendida por un funcionario de fe (sic) pública, así, los llamados documentos ad probationem.”*¹³⁰

Algunos de los supuestos para los que puede ser aplicado este tipo de prueba lo pueden ser: las actas notariales, los contratos, matrimonios, nacimientos, muertes, etc.

En contraposición a la prueba preconstituída, la prueba concluyente se produce cuando el proceso ya se ha iniciado, por lo que el legítimo manejo procesal de la misma es resguardado por el juez, con mayores posibilidades de ser sometida a un escrutinio por los diferentes sujetos procesales.

Resta indicar, que en la práctica judicial, los jueces suelen darle mayor valor probatorio a la prueba concluyente que a la preconstituída, pese a que esta última

¹³⁰ JIMÉNEZ PADILLA (María), *op. cit.*, p.115.

es recabada en muchas ocasiones por funcionarios revestidos de fe pública. La razón de ser de ello, la encontramos básicamente en el mayor control de legalidad que puede ejercer el juez sobre la prueba, con lo cual, se evidencia una vez más, la gran importancia del tema de la cadena de custodia de la evidencia, como parte integral de la legalidad del dato probatorio.

b. Prueba genérica y prueba específica

La prueba genérica es aquella *“... que surge de elementos subjetivos, que caen bajo la percepción directa del juez y de las partes, y que, por consiguiente, influyen inmediata y directamente sobre la formación del convencimiento...”*¹³¹

Por este tipo de prueba cobra pleno vigor e importancia el principio de inmediación, a fin de que el conocimiento del juez no se limite al significado que se desprende del dato probatorio, sino que tome en cuenta la forma en que dicho significado se obtuvo, en relación con el medio y el tiempo. Ejemplo de ello lo constituye la inspección y registro del lugar del hecho, el levantamiento de cadáveres, el allanamiento, entre otras.

La prueba específica por su parte, se refiere a aquella *“...que surge de elementos subjetivos, de las admisiones o de las atestaciones de los hechos que caen bajo la percepción ajena, y que, en cuanto no son percibidos directamente*

¹³¹ LEONE (Giovanni), *op.cit.*, p. 174.

*por el juez, sino que resultan de las declaraciones del imputado o de terceras personas, actúan como fuente mediata de comprobación y de convencimiento.*¹³²

Bajo otros sistemas procesales, el grado de especificidad de la prueba era aún mayor que el que se da actualmente, dado que se admitía la transmisión del significado de la prueba a través de diferentes personas antes de que llegase al conocimiento del juez. Así por ejemplo, un escribiente recibía un testimonio, mismo que después era utilizado por el juez para fundamentar su fallo. El testimonio por sí es prueba específica pero al ser transmitido a un escribiente antes de que llegue al juez adquiere un grado mayor de especificidad.

Hoy día, el testimonio debe ser recabo en juicio a fin de que el juez tenga una percepción directa sobre el mismo, claro está, el hecho de que se dé esa inmediatez al obtener el testimonio, no hace que dicha prueba deje de ser específica, pero sí le resta especificidad a la misma. Lo que se pretende actualmente es inclinar la balanza en favor de la prueba genérica y minimizar los efectos de la prueba específica.

¹³²LEONE (Giovanni), op.cit., p. 174.

c. Prueba de cargo y prueba de descargo

La prueba de cargo se refiere a las pruebas que tienden a acreditar la culpabilidad del imputado, y a establecer una correspondencia entre el sujeto que se incrimina y los elementos de la imputación delictiva.

Le corresponde al Ministerio Público, actor civil o querellante aportar este tipo de prueba. De hecho, por la prueba de cargo se exige un especial deber de diligencia en el Fiscal, como lo ha dicho la Sala Tercera cuando expresa: *"Si se trataba de prueba de cargo esencial, como lo vino a alegar la fiscal en la última audiencia, estima el tribunal que era su obligación -conforme a los cánones del nuevo Código Procesal Penal- no solo cooperar en su localización y traslado, sino la de velar porque este testigo se presentara al debate con el fin de incorporar debidamente su declaración y analizarla a la luz del principio de inmediación (...)La concepción actual bajo el prisma del nuevo proceso penal, es que el tribunal tiene un compromiso menor en la búsqueda de la verdad, por lo que corresponde al fiscal asumir un mayor protagonismo en aspectos tales como la citación, localización de testigos, e incluso en el traslado de éstos a la audiencia cuando exista renuencia a comparecer, como sucedió en este caso."*¹³³

¹³³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1410 de las 8 hr. 38 m. del 12 de noviembre de 1999.

A través de la prueba de cargo, se determina no sólo la autoría del sujeto, sino su grado de participación o las circunstancias agravantes. Contrarias a las anteriores, las pruebas de descargo pretende desacreditar la vinculación del imputado con los elementos de la imputación objetiva.

Así, tratan de excluir la acción, pretende acreditar causas de justificación o bien prueban estados de inimputabilidad. También podría suceder que la prueba de descargo tenga el único fin de contradecir la prueba de cargo, con el objetivo de generar un estado de duda en el juez.

Resultar errónea la afirmación de que la prueba de descargo le corresponde únicamente al imputado, dado que por el principio de imparcialidad el Ministerio Público debe recabar y aportar prueba de descargo si es del caso, así por ejemplo, el Código Procesal Penal establece en su artículo 63:

“En el ejercicio de su función, el Ministerio Público adecuará sus actos a un criterio objetivo y velará por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en el país y la ley. Deberá investigar no solo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; asimismo,

deberá formular los requerimientos e instancias conforme a ese criterio, aún a favor del imputado."¹³⁴

d. Clasificación de las pruebas en atención a su momento de obtención

Según Sánchez Sánchez dependiendo del "...momento en que se reciban, y su utilidad procesal, podemos afirmar que hay cuatro tipos de pruebas:

A.- *Las pruebas definitivas: se trata de aquellas que son recibidas por el fiscal y la policía durante sus investigaciones y que pueden introducirse al debate mediante lectura. Algunas de estas pruebas son irreproducible, como los decomisos, otras son repetibles, como la documental y los informes de ciertas autoridades.*

B.- *Las pruebas anticipadas: son las recibidas con citación de las partes por el juez. También pueden ser definitivas e irreproducible, como el registro del lugar habitado, o repetibles, como la declaración de una persona (artículos 293,294 y327 del Código Procesal Penal).*

C.- *Las pruebas recibidas en el curso del proceso pero sin efecto en la etapa de juicio, las que a su vez podemos dividir en:*

¹³⁴ Código Procesal Penal, art. 63. En igual sentido los artículos 6 y 180 del mismo cuerpo legal. Se trata de un principio reconocido a nivel constitucional como parte del debido proceso. Al efecto véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No. 3062 de las 15 hr. 9 m. del 13 de junio de 1995.

c.1. *Las que se reciben para resolver exclusivamente medidas cautelares (artículo 242 del CPP).*

c.2. *Las que se reciben exclusivamente para tomar alguna decisión en la audiencia preliminar. (artículo 318 párrafo 5 del CPP).*

D.- *La prueba recibida en la etapa de juicio, tanto en la audiencia del debate como fuera de él.”*¹³⁵

e. Las pruebas artificiales

Para García Ramírez *“Pruebas artificiales son las creaciones del artificio o de la lógica, tales como la deducción o la presunción, mientras que naturales, en contraste, son las probanzas que traducen o representan una correcta e histórica realidad, como lo hacen, verbigracia, los testigos y los documentos”*¹³⁶

También pueden ser consideradas pruebas artificiales los delitos experimentales, toda vez que la connotación de este tipo de pruebas es que la intervención del hombre sea determinante en el surgimiento de la prueba. En otras palabras, sin la intervención de los sujetos procesales o del legislador, la prueba

¹³⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Laura), SOLÍS BRAVO (Ana Virginia), La investigación preliminar del Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal, Tesis de grado para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997, pp. 102,103.

¹³⁶ GARCÍA RAMÍREZ (Sergio), op. cit., p. 335.

artificial no existiría – como sucede con el delito experimental¹³⁷ - mientras que con la prueba natural la intervención del ser humano se limita a su extracción o recolección, pero no a su creación.

Sección II: La actividad probatoria

A. Concepto

La actividad probatoria se concibe como *“...el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba”*.¹³⁸

En un sentido similar Florian define la actividad probatoria como *“...la actividad dirigida a buscar, proporcionar, introducir y utilizar objetos y órganos de prueba.”*¹³⁹

Si se tuviese que establecer la relación que existe entre el tema de la actividad probatoria y el de la cadena de custodia de la evidencia, se podría afirmar que la relación es género y especie respectivamente; por cuanto la cadena de custodia, si bien se desarrolla durante todo el transcurso del proceso penal, al igual que la

¹³⁷ “... al señalar la Sala Constitucional que la actividad del agente encubierto no puede constituir prueba única, se está refiriendo lógicamente a que éste medio de prueba debe ser realmente confrontado con otros, de los cuales podemos concluir con certeza, según las reglas de la sana crítica, que la persona se dedica a esa actividad ilícita que le fue descubierta.” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 22 de las 9 hr. 20 m. del 20 de enero de 1995.

¹³⁸ GODÍNEZ VARGAS (Alexander), op.cit., p. 29.

¹³⁹ FLORIAN (Eugenio), op.cit., p. 261.

actividad probatoria, no agota cada uno de los estadios que comprenden a ésta última.

Suele llamársele también actividad adquisitiva de material probatorio, lo cual no es correcto, ya que la actividad probatoria no se limita a la adquisición de la prueba, sino que comprende su extracción, recepción, análisis, custodia y valoración.

La actividad probatoria responde a un impulso procesal, que recae con mayor medida en el Ministerio Público y en su auxiliar, la Policía Judicial; los cuales deben desarrollarla para fundamentar su acusación, o bien, para solicitar la absolutoria. No obstante, la actividad probatoria también recae en el juez, tanto del procedimiento preparatorio, por ejemplo, cuando ordena efectuar un allanamiento, en el juez del procedimiento intermedio, cuando valora la prueba que será admitida para la etapa de juicio y en el juez de la etapa de debate, cuando realiza todo el proceso de recepción y valoración de la prueba para fundamentar su fallo.

Nuestros Tribunales de Justicia han afirmado que una de las notas que mayormente caracterizan la actividad probatoria en el proceso penal, es justamente la atribución a los órganos judicial de un poder de investigación autónomo, orientado a lograr las pruebas necesarias para descubrir la verdad real.¹⁴⁰ Aunque hemos de precisar que este poder de investigación autónoma está

¹⁴⁰ Tribunal Superior de Casación Penal, No. 512 del 01 de setiembre de 1995.

limitado al Ministerio Público y no a la Policía Judicial como se ha pretendido interpretar, por razones más de necesidad judicial que de conveniencia jurídica.

B. Momentos de la Actividad Probatoria

“La actividad probatoria puede ser enfocada desde tres puntos de vista:

- 1. Punto de Vista de Obtención de la Prueba: momento en el cual el material probatorio es investigado y buscado, y se consigna en el proceso.*
- 2. Punto de vista de Aseguramiento de la Prueba: es la actividad que trata de garantizar la posesión e integridad de objetos de prueba que se puedan perder o alterar.*
- 3. Punto de vista de Actividad de Coerción: actividad en la cual es necesaria la fuerza para ser aportados al proceso ciertos objetos de prueba, o para que intervengan ciertos órganos de prueba.”¹⁴¹(lo subrayado no es del original)*

No obstante lo anterior, según la mayoría de autores, existen dentro del proceso penal, tres momentos claramente definidos en que se desarrolla la actividad probatoria: el momento de producción, el momento de recepción y el momento de valoración.

¹⁴¹ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ (Frank), COTO MEZA (José F.), La actividad probatoria en el proceso penal costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, No. 80 enero – abril de 1989, pp. 11, 12. En igual sentido FLORIAN (Eugenio), op.cit., p.262,263.

1. Momento de producción de la prueba

Constituye el impulso necesario para introducir dentro del proceso un medio de prueba que pueda contribuir a los fines de la investigación. Abarca como requisitos: la legitimación del sujeto que impulsa la producción del medio de prueba, la utilización de un medio probatorio no prohibido, el cumplimiento de los requisitos formales del medio empleado, el legítimo manejo procesal de la evidencia incautada a través del medio y la custodia definitiva hasta el momento de recepción de la prueba.

Sujetos legitimados lo pueden ser: el Juez, el Ministerio Público, la Policía Judicial, el Querellante, el imputado o su defensor. Pero resta decir, que el sujeto legitimado estará previsto en forma casuística y en función del medio de que se trate, ya que por ejemplo, la ley prevé que el levantamiento del cadáver sólo puede ordenarlo el Juez y no así el Fiscal o la Policía Judicial.

En virtud del principio de libertad probatoria que rige para el proceso penal, todo puede ser probado y por cualquier medio, sin embargo, dicha regla encuentra excepciones incluso de orden constitucional, como lo podrían ser aquellos medios de prueba que impliquen coacción, amenazas o torturas respecto al imputado.

Tampoco se admiten otros medios de prueba cuyo rigor científico no es verificable, como el detector de mentiras o el narcoanálisis.¹⁴²

Los requisitos de validez del medio de prueba estarán previstos por ley, y atienden a la naturaleza de cada medio, por lo que en ello se remite al desarrollo de los medios de prueba efectuado en la primera sección de éste capítulo.

Si del desarrollo del medio de prueba se incauta evidencia física, inicia toda la temática de la cadena de custodia de la prueba, custodia que parte desde el momento mismo en que se tiene noticia o se sospecha que puede ser obtenida la evidencia. Se trata en realidad, de una de las primera etapas de la cadena de custodia, como se verá en el siguiente título de esta investigación, la cual a su vez comprende varias subetapas, hasta llegar al momento de la recepción de la evidencia en sede judicial, dando inicio a las etapas de análisis y custodia definitiva hasta el juicio oral y público.

El legítimo manejo procesal de la evidencia, implica el cumplimiento de todas las solemnidades previstas por ley, así como los requerimiento de orden técnico

¹⁴² En cuanto a este principio la Sala Tercera ha dicho: "El Tribunal tiene libertad probatoria en el escogimiento de la prueba que le permita fundar su fallo, pues el sistema procesal penal vigente no se sustenta en la prueba tasada, de ahí que todo se puede probar por cualquier medio lícito excluido lo referente al estado civil de las personas, por lo que no resultaba necesario con el objeto de darle o no credibilidad a las manifestaciones de los oficiales, que existiera otra prueba que respaldara sus afirmaciones, sino que el Tribunal -de acuerdo con lo principios de inmediación, oralidad y contradictorio- es el encargado de su valoración con el objeto de establecer la verdad real de los hechos." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No. 91 de las 16 hr. 45 m. del 21 de abril de 1994.

que sean necesarios, verbigracia; el levantamiento de actas, la concurrencia de testigos, correcto etiquetado, identificación y embalaje, etc.

Luego de que la evidencia se extrae en forma legítima, comienza el proceso de custodia definitiva, que abarca por ejemplo el transporte en condiciones adecuadas, la documentación debida para consignar las personas que intervienen en el manejo de la evidencia, el envío al análisis de previo a la recepción en sede judicial por el sujeto legitimado para ello, entre otros.

2. Momento de recepción de la prueba

Constituye el momento en que la prueba ingresa al proceso, es decir el acto por el cual el juzgador toma conocimiento del material probatorio y puede ejercer un control de legalidad sobre la misma.

Dentro de nuestro esquema procesal, podríamos decir que el momento de recepción se da cuando la prueba se hace llegar al Ministerio Público, ya que a partir de ahí, el juez del procedimiento preparatorio, inicia el control de legalidad y más que eso, al ser salvaguarda de las garantías constitucionales, de oficio o a petición de parte, deberá velar porque se implementen todas las medidas

necesarias para que la recepción y custodia definitiva de la prueba garantice la legalidad de la misma.¹⁴³

En otras palabras, por ser un juez de garantías constitucionales, debe velar por la recepción y custodia de la prueba, ya que si se produce una alteración del significado del dato probatorio, estaríamos enfrentando una violación constitucional, específicamente, un quebranto a la garantía del debido proceso.

Para Bravo Álvarez: *"...la asunción o recepción de la prueba no se limita únicamente a aceptar o recibir la prueba, sino que incluye rendimiento, utilidad y eficacia en interés de la verdad material"*.¹⁴⁴

Efectivamente, la recepción de la prueba abarca no sólo el simple hecho de "recibir" sino que se extiende hasta el momento de valoración del material probatorio en la etapa de juicio, por lo que comprenderá sus análisis, el escrutinio por las partes, su embodegaje y su traslado de un despacho judicial a otro.

¹⁴³ "El Juez Penal es el garante del proceso aún cuando el defensor esté ausente. En este sentido el Código Procesal Penal y la Ley de Reorganización Judicial crearon la disponibilidad de los defensores públicos en las veinticuatro horas del día con la finalidad de participar en los operativos judiciales, cuando se tenga la información de un hecho delictivo y la presencia de al menos un sospechoso en la investigación, de conformidad con el artículo 13 del Código Procesal Penal, pero su participación no fue creada para controlar y legitimar las actuaciones policiales o judiciales, ya que esa función es propia del juez garante." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1515 de las 8 hr. 50 m. del 26 de noviembre de 1999.

¹⁴⁴ BRAVO ÁLVAREZ (Róger), *Apreciación de las pruebas en el proceso penal*. Revista Judicial, San José, año XLV, No. 47, setiembre de 1989, p. 58.

El acto de recibir la prueba en un despacho judicial, ya sea en el Ministerio Público, el Juzgado de etapa intermedia o el Tribunal de Juicio, es muy importante para el tema de la cadena de custodia de la evidencia, como se verá más adelante. En virtud de este acto, se hace necesario por parte del sujeto receptor (que por lo que general es un escribiente) identificar plenamente al sujeto u órgano que hace entrega de la evidencia, identificar el material que se le da para su custodia sin alterar su significado, velar por la autenticidad e integridad de los sellos, consignar todo en la razón correspondiente, informar sobre el arribo de la evidencia al despacho y resguardarla en el lugar asignado para ello.

Suele ser común que se requieran pericias que impliquen una manipulación de la evidencia, por lo que la orden de las mismas forma parte del momento de recepción de la prueba. Ante esto, el sujeto procesalmente legitimado para ordenar la pericia deberá asegurarse de que el significado de la evidencia no será alterado, o de serlo, se podrá identificar al sujeto u órgano responsable, o bien, se proveerá de reproducciones del dato probatorio ante una pérdida o destrucción eventual.

Como una manifestación del principio de comunidad de la prueba,¹⁴⁵ las partes están en plena facultad de exigirle al despacho judicial que le muestre la

¹⁴⁵ "Todos los elementos probatorios una vez introducidos al proceso son comunes a todos los sujetos procesales." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

evidencia para su escrutinio, con el fin por ejemplo, de montar los argumentos de la defensa, o bien los argumentos que fundamenten la acción civil.

Ante tal solicitud, el despacho no puede negarse a mostrar la evidencia, ya que implicaría una violación al derecho de defensa, pero sí debe cerciorarse de que la misma no sea alterada, por lo que un funcionario del despacho deberá estar presente durante el tiempo que dure el escrutinio. Terminado el mismo, se hará una constancia que se agregará al expediente principal.

Un punto muy importante durante el momento de recepción de la prueba, lo es su embodegaje. Por él, lo que se pretende es ubicar la evidencia dentro o fuera del despacho, de forma tal que se garantice su integridad e identificación con la causa penal de que se trate, así como limitar el acceso de las personas que podrían tener contacto con la misma. Por último se tiene lo que se podrían denominar “la transición de la evidencia” de un despacho judicial a otro, aspecto que será desarrollado en el capítulo tercero del título segundo de esta investigación.

Por el momento, lo que importa recalcar son tres aspectos: primero, que el momento de recepción de la prueba no se limita al simple “recibido” de la evidencia; segundo, que la cadena de custodia de la prueba se encuentra plenamente identificada como requisito constitutivo tanto del momento de producción de la prueba como del momento de recepción y tercero, que el

principio base a seguir durante los dos momentos de la actividad probatoria ya vistos, así como para garantizar el respeto a la cadena de custodia de la evidencia, corresponde a una total “documentación” de cada uno de los pasos efectuados y de los sujetos partícipes.

3. Momento de valoración de la prueba

Para Alvarez y Coto *“Valoración de la prueba es el examen crítico de todos los elementos probatorios que son introducidos al proceso penal. Todas las pruebas que han sido producidas y recibidas en el proceso deben ser valoradas y estimadas para que adquieran vida y razón de ser.”*¹⁴⁶

No obstante, deben precisarse los alcances de la afirmación anterior, según lo ha indicado la Sala Tercera de la Corte, ya que, para ésta, no todos los elementos probatorios introducidos al proceso y que constan en el expediente o que han surgido a relucir durante el desarrollo del debate, deben ser valorados por el juez.

En efecto, la Sala en este sentido ha expresado: *“... el tribunal de juicio no está obligado a considerar todos y cada uno de los elementos de prueba no esenciales, sino sólo aquéllos que sirvieron de base a su conclusión y los que son de valor decisivo. Así solamente existe nulidad por falta de fundamentación cuando se excluye arbitrariamente una prueba esencial o decisiva para resolver el*

¹⁴⁶ ALVAREZ HERNÁNDEZ (Frank), COTO MEZA (José Francisco), La actividad probatoria en el proceso penal costarricense, op.cit., p. 20.

caso, de tal suerte que el juez no puede sustituir el deber de fundamentarse en las pruebas con sus conjeturas o meras apreciaciones personales."¹⁴⁷

Concordamos con la precisión de la Sala, al limitar la función valorativa del juzgador a los elementos probatorios esenciales para el dictado de la sentencia, sin embargo, criticamos el hecho de que no se definan parámetros concretos para establecer qué se debe entender por elemento esencial. Al efecto creemos que la Sala debería hacer un análisis de los conceptos de pertinencia, relevancia, utilidad e idoneidad de la prueba, y a partir de ellos, ir definiendo cuando la prueba es considerada esencial para el dictado del fallo y cuando no.

Según Bravo Alvarez " *...la valoración consiste en determinar qué eficacia posee, qué virtud, efecto o consecuencia es susceptible de producir, como elemento de prueba en la averiguación de la verdad real*".¹⁴⁸

Como su nombre lo indica, la valoración consiste en hacerle corresponder un valor a algo que aún no lo tiene. Desde el punto de vista jurídico, se debe entender dicho valor asignado como el efecto que produce la prueba y que contribuye a la formación del razonamiento del juzgador para sustentar su sentencia.

¹⁴⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 112 de las 14 hr. 45m. del 27 de marzo de 1991.

¹⁴⁸ BRAVO ÁLVAREZ (Róger), op. cit., p. 59.

Según Florian, se trata de “...señalar con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y que influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión que el Magistrado debe expedir.”¹⁴⁹

El momento de valoración de las pruebas se da una vez iniciada la etapa de juicio, en la que el juez, incluso durante el desarrollo del debate, va consignando mentalmente la impresión que las distintas pruebas evacuadas le causa, y de ahí la importancia de los principios de inmediación¹⁵⁰ y continuidad,¹⁵¹ entre otros.

Posteriormente, ya en la etapa de deliberación, la valoración de las pruebas cobra vital importancia, ya que constituye el fundamento de los argumentos de hecho y jurídicos que permiten absolver o condenar.

También se podría hablar de que en forma interlocutoria existe otro momento de valoración de las pruebas en la audiencia preliminar, en la que el juez de la etapa intermedia las valora para determinar si son admisibles o no para el juicio

¹⁴⁹ FLORIAN (Eugenio) citado por BRAVO ÁLVAREZ (Róger), *op.cit.*, p. 59.

¹⁵⁰ “Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos del proceso. Se aplica la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa indicación.” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992. “Precisamente una de las virtudes del juicio oral y contradictorio es que permite, mediante la inmediación, establecer debidamente aspectos que no hayan quedado claros o corroborar los que estén en esa condición ...” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 453 de las 9 hr. 45m. del 15 mayo de 1998.

¹⁵¹ Sobre el principio de continuidad véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 872 de las 9 hr. 5 m. del 18 de setiembre de 1998.

oral.¹⁵² Sin embargo, la valoración de las pruebas, según las definiciones expuestas, está en estricta correspondencia con la impresión que se causa en el juez y que a su vez repercute en el fallo final, mientras que la valoración que se hace en la audiencia preliminar es sólo para determinar la admisibilidad de la prueba, con base en parámetros de pertinencia, utilidad y legalidad.

La motivación probatoria de la sentencia comprende dos tipos de fundamentaciones: la fundamentación descriptiva, que supone la transcripción de la prueba recibida de viva voz y con inmediación; y la fundamentación intelectual, esto es el análisis y la valoración de la prueba. Si se incluye en la resolución únicamente el sumario de prueba (sin valorar), habrá falta de fundamentación intelectual; y a la inversa, si sólo se incluye la apreciación del material probatorio sin transcribirlo previamente, habrá falta de fundamentación descriptiva.¹⁵³

En cuanto al tema de la cadena de custodia, si bien se manifiesta en menor forma durante el momento de valoración de las pruebas, no deja del todo de tener importancia para el juzgador, ya que, según lo ha indicado el profesor Armijo, la prueba que se valora debe ser el resultado de una actividad legalmente admitida o permitida, para que la misma pueda ser fuente válida de conocimiento judicial,

¹⁵² Véase Código Procesal Penal, art. 320.

¹⁵³ Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 312 de las 9 hr. 20m. del 21 de junio de 1996.

siendo la cadena de custodia parte integral de esa actividad legalmente admitida e incluso exigida por ley.¹⁵⁴

Además, existe el imperioso deber de fundamentar en sentencia el análisis de rigor cuando se estima que se ha dado una violación de la cadena de custodia de la evidencia, o bien, se desestima este reclamo.¹⁵⁵

C. Sistemas de valoración de la prueba.

Al ser la valoración de las pruebas una operación intelectual destinada a establecer el grado de convencimiento que generan los elementos de prueba recibidos, se han desarrollado en los diferentes modelos procesales sistemas para establecer dicha operación intelectual. Estos sistemas tradicionalmente se dividen en: sistema de prueba legal o tasada, sistema de íntima convicción y sistema de libre convicción o sana crítica. Por la naturaleza de esta investigación se hará una breve referencia a cada uno de ellos.

¹⁵⁴ ARMIJO SANCHO (Gilbert), op.cit., p.131.

¹⁵⁵ La Sala Tercera de la Corte, al respecto ha indicado: "... le asiste razón a la recurrente al estimar que la mayoría del Tribunal no fundamenta su decisión, en cuanto considera que la actuación policial violentó la cadena de custodia de la prueba, ya que en la sentencia únicamente se hace referencia a ese supuesto vicio, sin plasmarse o desarrollarse la forma en la que se suscita o se presenta tal irregularidad, ni indicarse cual es la prueba que de lugar a tal conclusión, lo que viene a constituir efectivamente una falta de motivación del fallo." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 533 de las 9 hr. 42 m. del 7 de mayo de 1999.

1. Sistema de prueba legal

Este sistema consiste en fijar una tarifa al valor que se le asigna a los diversos elementos de prueba, siendo que, cuando una prueba es introducida al proceso, ésta de antemano ya acarrea un valor probatorio exacto impuesto por la ley o la costumbre, que hace que el papel del juez en la valoración pase a un segundo plano.

*“En el sistema de la prueba legal, es la ley procesal la que pre-fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo que condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté)”*¹⁵⁶

Al decir de Alvarez Hernández y Coto Meza, con el sistema de la prueba legal o tasada el juez se convierte en un esclavo de la ley, en el sentido de que le es obligatorio aplicar estrictamente lo que ha sido prefijado por el legislador. El juez se ve obligado a adherir sus decisiones a disposiciones rígidas, lo que impide una verdadera indagación de la prueba.¹⁵⁷

¹⁵⁶ CAFFERATA NORES (José), *op.cit.*, p. 38.

¹⁵⁷ ALVAREZ HERNÁNDEZ (Frank), COTO MEZA (José Francisco), La actividad probatoria en el proceso penal costarricense, *op.cit.*, p. 22.

Este sistema ha venido en desuso, ya que parece ilógico pensar que ante la dinámica y asimetría del mundo contemporáneo, sea factible prefijar valores a los elementos probatorios, sin importar la casuística que impera en materia penal.

2. Sistema de íntima convicción

En el sistema de la íntima convicción, la ley no establece reglas para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de valorarlas y convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los extremos de la imputación delictiva, valorando aquellas según su leal saber y entender. Se le agrega a su vez a este sistema como característica, la inexistencia de la obligación de fundamentar el fallo emitido.

*“Dentro de este sistema la ley no pide cuentas a los jueces (...) de los medios por los cuales se llegó al convencimiento; la ley les prescribe de cuestionarse a cada jurado en el silencio y en recogimiento y de buscar en la sinceridad de su conciencia, qué impresión ha causado sobre la razón de cada uno de ellos las pruebas aportadas contra el acusado y los medios para su defensa, la ley entonces lo único que les determina es a cuestionarse para formar una íntima convicción.”*¹⁵⁸

¹⁵⁸ GADEA NIETO (Daniel), op.cit., p. 76.

Constituye aquella valoración de las pruebas que se guía únicamente por la conciencia del juez, sin someterse a regulación legal alguna. El juez puede valerse de todos los medios que crea convenientes para alcanzar la verdad, ya sea tomando en cuenta la prueba que consta en autos, fuera de éstos e incluso en su contra, o bien, basándose en su conocimiento particular del caso.

Según Alvarez Hernández y Coto Meza, en este sistema podemos distinguir claramente dos elementos:

1. La inexistencia de una norma legal que determine el valor que debe ser dado a las pruebas por parte del juez.
2. No es exigido al juzgador explicar o fundamentar las razones que llevaron a determinar su juicio.¹⁵⁹

La apreciación en conciencia de las pruebas, resulta ser contraria a nuestro esquema constitucional, ya que no permite atacar el fallo esgrimido, por cuanto éste no se fundamenta, violándose con ello el derecho de defensa.

Por otra parte, bajo nuestro sistema procesal mixto moderno, únicamente la prueba que ha sido introducida en forma legítima al proceso es susceptible de ser valorada por el juez, y sólo la prueba que ha sido evacuada durante el juicio oral y público puede ser tomada como base para la fundamentación del fallo.

¹⁵⁹ ALVAREZ HERNÁNDEZ (Frank), COTO MEZA (José F.), La actividad probatoria en el Proceso Penal Costarricense, op.cit., p. 22.

3. Sistema de la libre convicción o de la sana crítica

Según Cafferata Nores *“El sistema de la libre convicción o sana crítica racional, (...) establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en que se las apoye (...)*

La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas.”¹⁶⁰

El convencimiento que adquiere el juez bajo este sistema, deja de ser un convencimiento interno o moral en sentido estricto y pasa a ser una convicción que se exterioriza y fundamenta, lo cual permite, en ejercicio del derecho de

¹⁶⁰ CAFFERATA NORES (José), op.cit., p. 40.

defensa, el control por los medios de impugnación expresamente establecidos por ley.

En realidad, al igual que el sistema anterior, el de la sana crítica es un sistema de libre valoración de la prueba, en contraposición al sistema de prueba tasada que prefija valores probatorios. Pero se distingue del sistema de íntima convicción por varios factores entre los que se destacan los siguientes:¹⁶¹

1. La valoración se hace conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia y no según el leal saber y entender.
2. La valoración únicamente recae sobre prueba introducida en forma legítima al proceso y evacuada en el juicio oral y público, a la luz de los principios procesales probatorios.
3. La sentencia debe ser exteriorizada y fundamentarse, a fin de que pueda ser analizada y rebatida por las partes.

Dicho sistema es el seguido por el actual Código Procesal Penal, el cual se establece en el numeral 184, que al efecto determina:

¹⁶¹ En cuanto a la valoración de las pruebas la Sala Constitucional ha expresado: El proceso penal especialmente, al menos tal como debe entenderse en nuestro país, excluye la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea." Sala Constitucional de la Corte Suprema e Justicia No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

“El tribunal asignará el valor correspondiente a cada uno de los elementos de prueba, con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica. Debe justificar y fundamentar, adecuadamente, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.”¹⁶²

Al hacerse referencia a las reglas de la sana crítica, se pretende que la elaboración de los razonamientos del juez se ajusten en la medida de lo posible a las leyes de la lógica, la ciencia y la experiencia.

La lógica se encarga del estudio de la validez formal de los razonamientos, sin interesarle tanto la veracidad de sus premisas, ya que el análisis de tal veracidad le corresponde a la ciencia. Las máximas de la experiencia por su parte, suelen constituir la premisa mayor de los razonamientos de orden jurídico, cuya veracidad científica se presume en atención, precisamente, a las experiencias vividas.

Como muy bien indica Campos Calderón, el sistema de la libre convicción, con las limitaciones que le impone la sana crítica, es una forma de control del proceso lógico seguido por el juez al valorar el material probatorio y que puede determinar la existencia de eventuales vicios en el procedimiento que lesionan garantías

¹⁶² Código Procesal Penal, art. 184.

constitucionales, como, por ejemplo, el irrespeto de la cadena de custodia de la prueba, los que podrían ser alegados en casación.¹⁶³

En un Estado de Derecho como el costarricense, el sistema de Sana Crítica es el que más se ajusta a las exigencias y garantías consagradas en el orden constitucional, ejemplo de ello lo conforman el derecho de defensa y la garantía del debido proceso, que de no ser con este sistema de valoración probatoria, se verían conculcadas.

¹⁶³ CAMPOS CALDERÓN (Federico), op.cit., p. 103.

CAPÍTULO SEGUNDO: Los Principios Procesales

El desarrollo de los principios procesales siempre ha tenido gran importancia para el desenvolvimiento de los diferentes sistemas penales. Hoy día, debido al amplio reconocimiento de las garantías constitucionales, y en forma particular, la garantía del debido proceso, así como a la adopción del nuevo Código Procesal Penal, han cobrado nueva vitalidad tales principios, siendo su estudio casi de corte obligatorio para el desarrollo de una investigación como la presente.

En forma aún más concreta, el tema probatorio tiene gran relación con los principios procesales, y es así como muchos de estos principios han sido creados en función de la prueba. De esta forma, el presente capítulo se dedicará en forma breve pero concisa al estudio de los principios procesales, señalando la vinculación de algunos de ellos con el tema de la cadena de custodia de la prueba.

Así, la primera sección atenderá a los principios fundamentales que informan el proceso penal, mientras que en la segunda sección serán estudiados los principios procesales que de una u otra forma revisten importancia probatoria.

Sección I: Principios fundamentales del proceso penal

A. Principio de Oficialidad.

La instancia penal se divide según la clase de delito. Es así como hay delitos de acción pública, delitos de acción pública a instancia privada y delitos de acción privada. En los delitos de acción privada, el principio de oficialidad no se desarrolla plenamente, ya que le corresponde a la parte, constituida ésta en querellante, promover el ejercicio de la acción penal y por consiguiente desarrollar toda la labor investigativa que le permita obtener los datos probatorios para fundamentar su acusación.

La idea que se desarrolla en torno a esta clase de delitos, es que no existe un interés público de por medio, sino que se trata de intereses particulares que no requieren una contribución estatal en el ejercicio de la acción penal, todo ello con el fin de canalizar los recursos del Estado hacia aquellos delitos en los que el disvalor ético – social es mucho mayor.

En lo que atañe a los delitos de acción pública a instancia privada, sí cobra plena vigencia el principio de oficialidad, pero sólo una vez que se cumpla con el requisitos de procedibilidad que prevé el numeral 17 del Código Procesal Penal.

Dicho requisito consiste en la denuncia que debe ejercer el ofendido mayor de quince años, o de ser menor, su representante lega; para que el Ministerio Público

inicie la investigación preliminar, y desarrolle en forma oficiosa todos los medios de prueba que considere pertinentes para averiguar la verdad real.

Se admite, para esta clase de delitos, que el Ministerio Público efectúe en forma excepcional y de oficio, actos urgentes destinados a impedir la continuación del hecho delictivo, o bien, tendientes a asegurar la evidencia. Siempre bajo el entendido de que la víctima se apersona al proceso a ratificar la instancia, ratificación que se podrá llevar a cabo hasta antes de finalizar la audiencia preliminar.

En caso de que se promueva el ejercicio de la acción penal sin que se haya cumplido con el requisito de procedibilidad, tal supuesto puede dar pie a que la denuncia sea desestimada, según lo establecido por el artículo 282 párrafo 1 del Código Procesal Penal. En el mismo sentido, sería oponible la excepción de falta de acción, prevista en el numeral 42 inciso b del mismo cuerpo legal, por cuanto la acción penal iniciada y ejercida de esta forma, sería una acción penal ejercida ilegalmente, que es el segundo supuesto que prevé la norma mencionada.

Tratándose de delitos de acción pública, el principio de oficialidad se manifiesta plenamente. Dicho principio consiste en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, sin necesidad de que la víctima promueva denuncia alguna, bastando para ello, que llegue a conocimiento del órgano acusador la comisión de un hecho delictivo.

El impulso procesal de oficio, como también se le llama, *“...se refiere a la actividad que despliega el juez para esclarecer los hechos y obtener las pruebas suficientes para estimar o desestimar la pretensión punitiva, es decir, para averiguar la verdad sobre los hechos que produjeron la marcha del proceso, sin estímulo de partes y sin tomar en cuenta la actividad que ellos realicen dentro del proceso.”*¹⁶⁴

El sujeto que desarrolla el principio en comentario, es el Ministerio Público, con la participación de la Policía Judicial como órgano auxiliar. El contenido del principio de oficiosidad consiste en el ejercicio de la acción penal. *“La acción penal implica el derecho de pedir al juez una resolución con respecto a la notitia criminis (...) Ejercicio de la acción no solamente es la presentación de la acusación, sino también solicitar una resolución diferente a ésta, por ejemplo, la aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación, el sobreseimiento definitivo o provisional.”*¹⁶⁵

El ejercicio de esta acción se impone como un deber, que ha de cumplirse en estricto apego al orden constitucional y legal. Para ello, se deben recabar los medios de prueba que sirvan tanto para fundamentar la acusación como para demostrar la inocencia del imputado, en atención al principio de objetividad,

¹⁶⁴ VELÁZQUEZ CASTRO (Hugo F.), *op. cit.* p. 243.

¹⁶⁵ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *op.cit.*, p. 138.

además, se deben promover las excepciones y recursos pertinentes en tiempo y forma, así como participar en forma activa del debate oral y público.

Finalmente, cabe decir, que el ejercicio de la acción penal de oficio, en forma alguna inhibe la participación de la víctima, ya que parte de la filosofía del nuevo Código Procesal Penal consiste en aumentar y efectivizar los derechos de la víctima para que ésta coadyuve en la labor investigativa; para ello podrá constituirse en querellante o actor civil si es del caso.

B. Principio de Verdad Real

Según Cafferata la verdad es *"...la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que ese objeto es en realidad."*¹⁶⁶

La verdad en sí misma es absoluta, según expone el profesor Gadea Nieto, pero la percepción que el hombre hace de ella es relativa, en virtud de una serie de circunstancias que rodean el medio de conocimiento humano, lo cual provoca relatos diversos ante hechos únicos.¹⁶⁷

Pellegrini Grinover haciendo referencia a la prueba ilícita indicó: *"Por eso es que el término "verdad material" debe ser tomado en su sentido correcto: por un lado, en el sentido de la verdad sustraída a la influencia que las partes, por su*

¹⁶⁶ CAFFERATA NORES (José), *op.cit.*, p. 6.

¹⁶⁷ GADEA NIETO (Daniel), *op.cit.*, p. 73.

*comportamiento procesal, quieran ejercer sobre ella; por otro lado, en el sentido de una verdad que, no siendo "absoluta" u "ontológica" ha de ser antes que nada una verdad judicial, práctica, y sobre todo, no una verdad obtenida a cualquier precio sino una verdad procesalmente válida."*¹⁶⁸

La verdad es la correspondencia entre un hecho real y la idea de que de él se forma el entendimiento; se distingue de la convicción, en tanto ésta es un estado del entendimiento que tiene a los hechos por verdaderos, basándose en razones de orden lógico. A este principio también se le conoce como verdad material o histórica, con el afán de diferenciarla de la verdad formal que suele darse en el proceso civil.

El proceso penal gira en torno al principio de la verdad real como fin inmediato. Al respecto la Sala Constitucional ha indicado: *"...la finalidad del procedimiento es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público como el juez tienen el deber de averiguar esa verdad objetiva y diligentemente, sin desdeñar ningún medio legítimo de prueba."*¹⁶⁹

A nivel legal, el artículo 180 del Código Procesal Penal establece dicho principio cuando expresa:

¹⁶⁸ PELLEGRINI GRINOVER (Ada), Pruebas ilícitas, Revista de Ciencias Penales, San José, año 7, No. 10, setiembre de 1995, pp. 22,23.

¹⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

“El Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos, cumpliendo estrictamente con los fines de la persecución penal y los objetivos de la investigación.”¹⁷⁰

Pareciera contradictorio afirmar que los tribunales, bajo la finalidad de averiguar la verdad real, puedan implementar medios de prueba por sí mismos, ya que el juez ejerce en el proceso penal funciones jurisdiccionales, mientras que el Ministerio Público es quien desarrolla las funciones investigativas; sin embargo, tal distinción no puede evidenciar contradicción alguna, porque ante todo, el juez en materia penal, es un juez de garantías, que vela por el cumplimiento de los designios constitucionales y busca averiguar la verdad histórica; todo lo cual justifica la intervención del tribunal en el desarrollo de los medios probatorios.

Estableciendo en cierta medida la relación entre el principio de la verdad real y el tema de la cadena de custodia de la evidencia, Vélez Mariconde expresa: *“Para que triunfe la verdad real o histórica es preciso que todos los sujetos procesales hayan podido examinar, controlar y valorar los elementos probatorios.”¹⁷¹*

En otras palabras, la veracidad o no de la imputación delictiva está en función de la legalidad de la prueba (de lo cual es parte constitutiva la cadena de custodia)

¹⁷⁰ Código Procesal Penal, art. 180.

¹⁷¹ VELEZ MARICONDE (Alfredo), op. cit., pp.343,344.

y del control que las partes puedan ejercer sobre la misma. Por su vinculación con el principio en estudio, resulta de importancia hacer una breve referencia a los estados intelectuales que puede desarrollar el juez respecto a la verdad.

Dichos estados se pueden establecer como: estado de certeza, estado de duda o estado de probabilidad. En cuanto a la certeza indica Clariá Olmedo: *“...la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjetivamente como creencia de haberla alcanzado. Cuando esta percepción es firme, se dice que hay certeza, a la cual se le puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad”*¹⁷²

La certeza se puede analizar desde dos puntos de vista: primero como una certeza positiva, que consiste en la firme creencia de que algo se identifica con el ser, verbigracia, que el imputado mató a “X” persona; segundo, como una certeza negativa, que se refiere a la firme creencia de que algo no se identifica con el ser que se le atribuye.

Como estado intermedio entre la certeza positiva y la certeza negativa se puede ubicar a la duda que, según Clariá Olmedo, se define como una indecisión del intelecto puesto a elegir entre la existencia o la inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a

¹⁷² CLARIÁ OLMEDO (Jorge), citado por CAFFERATA NORES (José), op.cit., p. 6.

afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos ellos igualmente atendibles.¹⁷³

La probabilidad por su parte, suele ser el resultado de un razonamiento inductivo, en el cual, conforme mayor sea el número de premisas que verifican un hecho particular, mayor será el grado de probabilidad de la conclusión que se obtiene. De esta forma, cuando el grado de casos particulares o elementos probatorios confirman un hecho, hablamos de probabilidad, pero si esos mismo elementos descartan algo, hablamos de incertidumbre.

La certeza positiva dentro del proceso penal, entendida como una convicción moral firme de que se posee la verdad, es el grado de conocimiento que se requiere para dictar un fallo condenatorio. Si el juez tiene certeza negativa o incluso duda, acerca de la comisión del delito y la participación el imputado, la sentencia tiene que ser absolutoria.

La probabilidad no basta para dictar una sentencia condenatoria, pero es el nivel de conocimiento que requiere el juez de la etapa intermedia para que el caso sea elevado a juicio.

¹⁷³ CLARIÁ OLMEDO (Jorge), citado por CAFFERATA NORES (José), op.cit., pp. 6,7.

C. Principio de inviolabilidad de la defensa

La inviolabilidad de la defensa, constituye el círculo de protección del derecho de defensa. Para el jurista Velez Mariconde la defensa es *"...el derecho público individual (del imputado) de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; y que también constituye una actividad esencial del proceso."*¹⁷⁴

El derecho de defensa comprende, entre otros, el derecho a ser oído por el juez, aportar al proceso toda la evidencia que se considere oportuna, controlar la actividad de las partes y poder combatirlas, tener la facultad de rebatir la prueba de cargo y el derecho a ser asistido por un defensor letrado. En igual sentido, la Sala Constitucional ha dicho que el derecho de defensa *"... implica, entre otros, el derecho del reo a ser asistido por un defensor letrado, proveído gratuitamente por el Estado en caso necesario, el derecho a comunicarse privadamente con su defensor, el acceso irrestricto a las pruebas y la posibilidad de combatirlas, el derecho a un proceso público y el derecho a hacer uso de todos los recursos legales de defensa sin coacción de ningún tipo."*¹⁷⁵

¹⁷⁴ VELEZ MARICONDE (Alfredo), citado por VELÁZQUEZ CASTRO (Hugo F.), op. cit., p. 46.

¹⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5596 – 96 de las 15 hr. 15 m. del 22 de octubre de 1996.

Para Moras Mom, el derecho de defensa no debe ser sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica, como aspecto importante, el derecho a ser uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura alguna por tal ejercicio.¹⁷⁶

Dicho principio se encuentra reconocido a nivel constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política y en forma especial en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José".¹⁷⁷

En este instrumento internacional, se regulan como pilares constitutivos del derecho de defensa, los siguientes:

1. Derecho de Petición: se establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal.
2. Derecho de intimación: referido al derecho del imputado a que se le ponga en conocimiento los hechos que se le imputan, el ilícito penal que se le atribuye y las pruebas existentes en su contra, ya sea al momento de tomarle su declaración indagatoria, o bien, luego de elaborada la acusación.

¹⁷⁶ MORA MORA (Luis P.), Los Principios Fundamentales que Informan el Código Procesal Penal de 1998. Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, p. 43.

¹⁷⁷ O.E.A., Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada mediante Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, publicada en La Gaceta No. 62 de 14 de marzo de 1970.

3. Derecho de defensa en sentido estricto: constituido por la facultad del endilgado para disponer del tiempo y los medios necesarios para elaborar sus argumentos de defensa.
4. Defensa técnica y material: atañe a la posibilidad que tiene el encartado de ejercer su defensa en forma personal o a través de un letrado de su elección, costado por el Estado si es del caso, así como la posibilidad de comunicarse libre y privadamente con él.¹⁷⁸
5. Derecho de participación: el acusado también tiene el derecho de participar activamente en los distintos actos procesales que se lleven a cabo, en especial, en aquellos en que se desarrollen medios de prueba que puedan introducir evidencias importantes.¹⁷⁹

Dentro del Código Procesal Penal, el principio de inviolabilidad de la defensa se encuentra consagrado en forma expresa; así, el numeral 12 establece:

¹⁷⁸ "Artículo 13.- Defensa técnica

Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público.

El derecho de defensa es irrenunciable.

Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él." Código Procesal Penal, art. 13.

¹⁷⁹ En igual sentido véase Tribunal de Casación Penal, No. 330, de las 10 hr. del 7 de junio de 1996.

“Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento.

Con las excepciones previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio de que la autoridad correspondiente ejerza el poder disciplinario, cuando se perjudique el curso normal de los procedimientos.

Cuando el imputado esté privado de libertad, el encargado de custodiarlo transmitirá al tribunal las peticiones u observaciones que aquel formule, dentro de las doce horas siguientes a que se le presenten y le facilitará la comunicación con el defensor.

Toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación deberá velar porque el imputado conozca inmediatamente los derechos que, en esa condición, prevén la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario vigentes en Costa Rica y esta ley.”¹⁸⁰

De dicho ordinal, y siguiendo lo expuesto por Ferrandino y Porrás , ¹⁸¹ se pueden extraer tres garantías procesales:

1. La garantía de participación,
2. La garantía de petición y

¹⁸⁰ Código Procesal Penal, art.12.

¹⁸¹ FERRANDINO (Alvaro) PORRAS (Mario A.), La Defensa del Imputado, Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, pp. 293 – 301.

3. La garantía de conocimiento.

La garantía de participación, consagrada en el párrafo primero, constituye la facultad del imputado de participar en forma activa en la producción de los medios de prueba. Es la consagración a nivel legal de la garantía expresado en el Pacto de San José.

Esta facultad se refiere a la posibilidad de fiscalizar de manera eficaz la legitimidad, veracidad e imparcialidad de los elementos probatorios introducidos al proceso, velando porque hayan sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al procedimiento conforme a las prescripciones del ordenamiento procesal penal vigente.¹⁸²

No se debe esperar hasta la etapa de juicio para efectivizar la garantía de participación, dado que la actividad adquisitiva de material probatorio se da con mucho mayor énfasis durante la investigación preliminar, y es allí donde se corren los mayor riesgos de alteración de la evidencia recabada, lo cual se debe hacer ver en forma inmediata al juez del procedimiento preparatorio, que es garante constitucional.¹⁸³

¹⁸² Véase Código Procesal Penal, art. 181.

¹⁸³ “ La defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso y, de manera particularmente intensa, durante la investigación, ya que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa.” BINDER (Alberto), citado por FERRANDINO (Alvaro) PORRAS (Mario A.), op. cit., p. 295.

Es en este punto donde se da la vinculación entre el principio de inviolabilidad de la defensa y el tema de la cadena de custodia de la evidencia, ya que parte del contenido de la garantía de participación se traduce en poder exigir el cumplimiento de la cadena de custodia, la cual – como se verá – es el medio genérico para canalizar la evidencia en forma legítima desde el momento de su localización hasta la fase de valoración por el tribunal de sentencia.

La garantía de petición, prevista en el párrafo segundo, encuentra sustento constitucional en el artículo 41 de la Carta Política, el cual debe ser interpretado en forma amplia y entendido como la posibilidad de plantear cualquier gestión pertinente ante las distintas oficinas judiciales. De esta forma, al imputado se le reconoce la facultad de formular ante la autoridad judicial todas aquellas observaciones y peticiones que considere oportunas, con el fin de hacer valer su derecho de defensa.

Dicha garantía se extiende incluso, cuando el imputado se encuentre privado de libertad, caso en el que la autoridad encargado de custodiarlo tendrá un plazo de 12 horas para tramitar su gestión.

La garantía de conocimiento es de gran importancia, y dado su amplitud, sólo se hará referencia a los derechos que comprende. Tal garantía se traduce en la obligación que tiene la autoridad judicial (policía judicial, Ministerio Público o

jueces) de hacerle saber al imputado en forma inmediata y totalmente comprensible, cuales son los derechos que le asisten.

Estos derechos, son los enunciados en el artículo 82 del Código Procesal Penal, entre los que destacan: el derecho de abstención, el derecho a la defensa técnica, el derecho de comunicación, el derecho de intimación, etc.

La indicación de estos derechos - como se expuso – debe hacerse en forma inmediata a la aprehensión de la persona, pero aún más importante, es el hecho de que sea lo suficientemente explícita para que el imputado la comprenda, o sea, no basta la simple lectura del ordinal 82 sino que se requiere una explicación clara del mismo. Esto hace suponer la existencia de personas doctas en la materia que acompañen a los cuerpos policiales en sus diferentes acciones judiciales, lo cual, debido a la falta de recursos económicos en el seno del Poder Judicial puede hacerse ilusorio.

Sección II: Principios procesales de importancia probatoria

A. Principios que informan el actual Código Procesal Penal

La enunciación de principios y garantías esbozadas por el Código Procesal Penal es muy amplia. En este sentido, el Código regula entre otros: el principio de legalidad, la regla de interpretación restrictiva, el principio de juez natural, el principio de celeridad, el de objetividad, la garantía de inocencia, la regla del *non*

bis in idem, la independencia del juez, la inviolabilidad de la defensa y el principio de saneamiento de defectos formales.

De ellos, no todos tienen una estrecha relación con el tema probatorio, por lo que sólo se hará referencia a los que constituyen base del presente estudio.

1. Principio de legalidad

Este principio (reconocido en el artículo 1 del Código Procesal Penal) se encuentra consagrado en la Constitución Política en los numerales 39 y 41 y atiende al derecho que le asiste a toda persona para que su juzgamiento por cualquier hecho que se le impute, se haga mediante un procedimiento establecido con anterioridad y en estricta correspondencia con las garantías, facultades y derechos previstos para las personas.

El principio de legalidad u obligatoriedad, se concibe en doctrina como *"...la automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito, concretada a través de una acción penal que lleva la hipótesis delictiva ante los jueces, requiriendo su investigación, juzgamiento y castigo del ilícito que resultará haberse cometido."*¹⁸⁴

¹⁸⁴ CAFFERATA NORES (José) citado por GARITA VÍLCHEZ (Ana Isabel) *El Ministerio Público en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador Guatemala y Panamá* San José, Ilanud, s.n.e., 1991, p. 34.

Es un principio rector no solo del proceso penal, sino de todo el ordenamiento jurídico costarricense, que impregna todas las actuaciones judiciales. Como derivación lógica del principio en comentario, se desprende el deber del Estado de desarrollar el procedimiento que se ha establecido para juzgar a las personas; tarea que se traslada al Ministerio Público y que se consigna como un deber jurídico de investigación. Es así como algunos autores entienden el principio de legalidad como *"...aquél principio, con arreglo al cual el Ministerio Público debe aclarar la situación y promover la acción pública."*¹⁸⁵

Debido a las tendencias modernas que consideran al derecho penal como la *"última ratio"*, se han desarrollado una serie de excepciones al principio de legalidad, dado que la aplicación irrestricta de este principio, sería contraria, en muchos casos, al principio de economía procesal. y haría negatorio el acceso a una justicia pronta y cumplida.

Según Baumann, se acostumbra resumir las excepciones al principio de legalidad recurriendo a la expresión genérica principio de oportunidad, sin embargo, tal expresión no es completamente acertada, porque cuando se presentan excepciones no se trata siempre de oportunidad sino de intereses y presupuestos jurídicos diferentes. El principio de legalidad sufre excepciones sobre la base de criterios referidos a la economía procesal; otras señalan tramas

¹⁸⁵ BAUMANN (Jürgen), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editorial Depalma, tercera edición, 1989, 299 pp. 58,59.

jurídico–materiales, o bien, pretende lograr objetivos políticos-criminales determinados.¹⁸⁶

En lo que atañe al tema probatorio, el Principio de Legalidad se manifiesta ampliamente. Ejemplo de ello lo constituye el numeral 181 del Código Procesal Penal, que establece como requisito de los elementos probatorios, el que éstos sean obtenidos por medios lícitos - lo cual debe ser entendido como la utilización de medios probatorios no prohibidos por la ley – e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico.

En otras palabras, la manifestación del Principio de Legalidad en lo que respecta a la prueba penal, se da regulando el medio y el procedimiento con que la misma se hace llegar al conocimiento del juzgador, siendo que el tema de la cadena de custodia de la prueba, forma parte integral de dicho procedimiento, al ser la vía genérica con que se hace discurrir la evidencia durante las distintas etapas procesales.

El respeto a la cadena de custodia de la prueba es una manifestación del principio de legalidad.

¹⁸⁶ BAUMANN (Jürgen) op. cit., p. 62.

2. Principio de objetividad

El Principio de Imparcialidad obliga a velar por la correcta aplicación de la ley conforme a criterios objetivos. Dicho principio se encuentra establecido en los artículos 6 y 180 del Código Procesal Penal, y lo que pretenden es eliminar o minimizar los efectos de los procesos de selectividad criminal, dirigidos a los estratos más bajos de la sociedad.

Por él se establece, más que un deber jurídico, un deber moral, para los jueces y demás autoridades judiciales encargadas de la administración de justicia, en tanto, se busca la mayor correspondencia entre el hecho que se investiga y la verdad real que gira en torno al caso.

“Esta formulación, indica que, el Ministerio Público, debe orientar su actuación hacia la realización de la ley, hacia el descubrimiento de la verdad real, sin que medien, en el cumplimiento de este objetivo, intereses de tipo político, económico, que pueda calificarse, de alguna manera, como subjetivos, frente al “objetivo” por la aplicación de la ley penal. Precisamente, este deber de imparcialidad y objetividad, es una de las razones por las que se le ha negado, al Ministerio Público, la calidad de “parte” (en sentido material) en el procedimiento penal.

Con otras palabras, su acción debe estar dirigida no sólo a condenar al culpable, sino también a sobreseer o absolver al inocente, no sólo a ofrecer

prueba incriminatoria, sino también a ofrecer prueba de descargo, en definitiva, al descubrimiento de la verdad histórica.»¹⁸⁷

El Principio de Objetividad atiende en gran medida a razones de política criminal, ya que se ha considerado, por un lado, que el imputado es la parte más débil de la relación jurídica que se da durante el desarrollo del proceso penal y en segundo término, se han tomado en cuenta las amplias facultades con que dispone el Ministerio Público para llevar a cabo la investigación criminal, llegándose a establecer el principio de objetividad como un punto medio de equilibrio que garantice igualdad jurídica de trato procesal.

El desarrollo de la actividad probatoria le compete en gran medida al Ministerio Público, para lo cual, resulta de suma importancia el principio en comentario, ya que se prevé como un deber, el recabar los elementos probatorios de cargo y descargo que resulten de la investigación.¹⁸⁸

Bajo esta premisa, podemos inferir que el respeto a la cadena de custodia de la prueba, le compete en primer término al Ministerio Público y que incluso, de evidenciarse una violación a la cadena de custodia, debe el órgano acusador

¹⁸⁷ GARITA VÍLCHEZ (Ana Isabel) *op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁸ Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1315 de las 10 hr. 40m. del 15 de octubre de 1999.

hacerla ver y ponerla en conocimiento del juez y de los demás sujetos procesales para su correspondiente valoración.

Sin embargo, resulta poco probable que en la práctica judicial el Ministerio Público haga ver tal desfase procesal, ya que comúnmente la violación de la cadena de custodia se da bajo la responsabilidad de dicho Ministerio, ya sea porque ocurrió bajo la custodia de la misma fiscalía, o bien, bajo la custodia de la policía judicial, que no contó con el debido asesoramiento o vigilancia que el caso requería.

3. Estado de inocencia

Dispone el artículo 39 constitucional en la parte que interesa:

“A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.”¹⁸⁹

El estado de inocencia se basa en una presunción jurídica que tiene como razón filosófica la creencia de que todas las personas actúan sin la intención de dañar a los demás y de que somos enteramente diligentes en nuestro obrar.

¹⁸⁹ Constitución Política, art. 39.

El estado de inocencia, se ve respaldado por dos garantías: la primera corresponde al dictado de una sentencia condenatoria, emitida por autoridad competente, caso en el cual, cesa la presunción de inocencia. La segunda, se refiere a la necesaria demostración de culpabilidad que tiene que ver con el tema probatorio y es el fundamento de la primera garantía.

La Presunción de Inocencia sólo decae ante la sentencia condenatoria, como se indicó, por lo que durante el proceso, el encausado goza de tal presunción, que le permite ser participe de la investigación para hacer más fuerte la creencia de su inocencia.

En atención a lo anterior, la aplicación de medidas cautelares como la prisión preventiva por ejemplo, debe hacerse en forma restrictiva. La expresión “necesaria demostración de culpabilidad” no resulta ser del todo aceptada, ya que la culpabilidad, entendida como el reproche ético–social que se le hace a una persona que pudiendo haber actuado conforme a derecho no lo hace ni se inhibe por el deber impuesto por la norma ni por la amenaza de una sanción, no es el único elemento dentro del concepto técnico–jurídico del delito que debe ser demostrado para emitir una sentencia condenatoria, sino que es necesario comprobar que la acción se dio, que se tienen por acreditados los componentes subjetivos y objetivos de la tipicidad y que el actuar es antijurídico y por ende, no respaldado en una causa de justificación.

La necesaria demostración de culpabilidad, como garantía del estado de inocencia, encuentra su fundamento en la actividad probatoria, ya que las pruebas son las que permiten enlazar los hechos atribuidos a una persona con el texto legal infringido.

Tal actividad, como se ha expuesto, debe desarrollarse en forma legítima, siendo la cadena de custodia de la prueba un componente de la legalidad de esta actividad.

Así las cosas, se podría inferir que la violación a la cadena de custodia de la prueba torna ilegítima parte de la actividad probatoria efectuada, lo cual repercute directamente en la necesaria demostración de culpabilidad que exige el texto constitucional, convirtiendo en nula la sentencia de condena emitida, por falta de fundamentación probatoria.

4. Saneamiento de defectos formales

Establece el artículo 15 del Código Procesal Penal:

“El tribunal o el fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será

*mayor de cinco días. Si no se corrige en el plazo conferido, resolverá lo correspondiente.*¹⁹⁰

Dicho numeral, viene a establecer en forma preliminar, toda una temática innovadora en la materia procesal penal, relativa a la actividad procesal defectuosa, que viene a sustituir la regulación en el Código de Procedimientos Penales de las antiguas nulidades.

El principio constitucional de justicia pronta y cumplida, es la base para el desarrollo de esta nueva tesitura, para la que rige como regla general el hecho de que no pueden ser valorados para fundamentar una decisión judicial, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o en el mismo Código de rito, salvo que dicho defecto haya sido saneado previamente.¹⁹¹

Al efecto, la Sala Constitucional ha dicho: *“ Principio pro sentencia: Según éste, todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de justicia y no como obstáculo para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, restrictivamente y sólo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor informalismo posible todo aquello que*

¹⁹⁰ Código Procesal Penal, art. 15.

¹⁹¹ Ibid., art. 175.

*conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión”.*¹⁹²

Se deja de lado el criterio de la nulidad por la nulidad misma, que se prestaba para abusos por parte de los sujetos procesales y que en definitiva constituía una denegación de acceso a la justicia al tornar los procesos interminables.

El artículo 179 del Código Procesal Penal, dispone que los defectos formales deberán ser saneados, siempre que esto sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia de la parte interesada. Uno de los puntos en los que pueden darse mayores defectos de orden formal, es en cuanto al tema de la actividad probatoria, dado que el desarrollo de los diferentes medios de prueba está imbuido de muchos formalismos.

Cabría preguntarse si a la violación de la cadena de custodia de la prueba le es aplicable el principio bajo estudio, o si por el contrario, constituye un defecto insubsanable. La respuesta a esta interrogante será desarrollada en el título siguiente, por lo que por ahora basta indicar que el principio de saneamiento de

¹⁹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

defectos formales, le es aplicable a la actividad probatoria, ya que no toda esta actividad se reduce al tema de custodia, como ha sido analizado.

B. Principios procesales probatorios en sentido estricto

1. Principio de inmediación.

El ideal que se sigue para obtener una mayor eficiencia del proceso penal, radica en que el juez que dicta la sentencia sea el que haya analizado los elementos probatorios, obtenidos durante el desarrollo de la investigación, para que así tenga una visión total y una impresión real de los hechos que se imputan al encartado.

*"El afán de dar al tribunal una impresión lo más fresca y directa posible acerca de las personas y de los hechos (en contraposición con el proceso del derecho común) dio lugar al principio de la inmediación. Se trata de dos exigencias: la inmediación debe imperar en las relaciones entre quienes participan en el proceso y el tribunal y, además, en el ámbito de la recepción de la prueba."*¹⁹³

La inmediación se establece como un modelo operativo, que tiene como finalidad poner en contacto al juez con la prueba, lo mismo que un contacto directo y recíproco de todos los sujetos procesales entre sí, para evitar intermediarios en

¹⁹³ BAUMANN (Jürgen), op. cit., p. 87.

la transmisión del significado que arroja la evidencia y someter a escrutinio de todos las partes la prueba en que se sustentará la sentencia.

A través de la inmediación, el juez no sólo analiza el significado que se esgrime de la prueba, sino que valora la forma en que tal significado se desprende del dato probatorio, verbigracia; el juez se encuentra facultado para valorar no sólo la deposición del testigo, sino sus gestos, capacidad de reacción a las preguntas, espontaneidad, amplitud de las respuestas, etc., todo lo cual, le permite tener por acreditada, o no, tanto la veracidad del testimonio como la del testigo.

Sobre el Principio de Inmediación, ha indicado la Sala Constitucional: *“Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de manera directa, inmediata y simultánea. Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos procesales. Se aplica la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa inmediación.”*¹⁹⁴

Señala Llobet Rodríguez como consecuencias del Principio de Inmediación las siguientes: a) el imputado y los testigos deben declarar de viva voz en el debate, salvo excepciones, como lo es el anticipo jurisdiccional de prueba; b) debe preferirse los órganos directos de prueba sobre los indirectos; c) el debate se debe

¹⁹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

llevar a cabo en audiencias consecutivas. En forma excepcional se permite la suspensión del mismo por un periodo máximo de diez días; d) la sentencia debe ser dictada poco tiempo después de finalizado el debate, así la parte resolutive inmediatamente después de terminada la deliberación y la sentencia en forma íntegra cinco días después de la lectura de la parte dispositiva; e) los jueces que intervienen en el dictado de la sentencia deben haber intervenido en el debate.¹⁹⁵

Para dar pleno sustento al Principio de Inmediación, éste se desdobra en tres sub – principios: el de oralidad, el principio de concentración o continuidad y el de identidad física del juzgador.

La oralidad durante el desarrollo del debate constituye una garantía a la inmediación entre el juez y el dato probatorio, ya que la forma de comunicación mediante la palabra es la manifestación originaria y natural en que se ha expresado el pensamiento humano. El Principio de Concentración o Continuidad atiende a la economía procesal y lo que busca es que el número de las audiencias sea mínimo y que se desarrollen lo más próximas posible.

Se pretende que los actos procesales llevados a cabo durante el desarrollo del debate sean recordados por los jueces y demás sujetos procesales, debido a que por el intervalo de tiempo transcurrido entre el momento en que se cierra la audiencia y hasta que ésta se reanuda, la percepción de la prueba puede irse

¹⁹⁵ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), op.cit., p.669.

divagando, transformando en inaplicable el principio de inmediación y por ende, violando el debido proceso.

El Principio de Concentración o Continuidad se encuentra consagrado en el artículo 336 del Código Procesal Penal, estableciéndose que el desarrollo de la audiencia debe efectuarse en forma ininterrumpida y en sesiones consecutivas, pudiendo suspenderse tal audiencia por un plazo máximo de 10 días bajo los supuestos de ley.

Un punto debatido al respecto es si la posibilidad de suspender la audiencia por diez días se da una sola vez o si en cada supuesto es posible suspender el debate por ese periodo de tiempo, independientemente de que ya se hubiese suspendido en otras oportunidades. El Tribunal Superior de Casación Penal, a partir de una interpretación del voto número 6824 de la Sala Constitucional se ha inclinado por la primera tesis¹⁹⁶ mientras que el profesor Francisco Dall Anese ha sostenido la tesis contraria.¹⁹⁷

De nuestra parte consideramos que el debate se puede suspender las veces que en que sea necesario por el plazo máximo de diez días, ya que de sostenerse lo contrario, se estaría admitiendo que los supuestos que prevé el artículo 336 son excluyentes, cuando lo cierto es que son totalmente autónomos.

¹⁹⁶ Véase, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6824 – 95, de las 15 hr. 50 m. del 13 de diciembre de 1995.

¹⁹⁷ Véase DALL ANESE (Francisco), citado por LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), op.cit., p.336.

La identidad física del juzgador es una de las mayores manifestaciones del principio de inmediación, ya que se pretende que la percepción directa del significado que arrojan los distintos medios de prueba se perciba por la misma persona; incluso se establece como causal de suspensión del debate la enfermedad del juez, ya que de nada valdría darle únicamente valor probatorio a la prueba evacuada durante el desarrollo del debate, si el juez que ha de dictar sentencia no ha estado presente para apreciarla.

*"Esta regulación significa que tan sólo los jueces que han participado en el debate desde el primero al último minuto, pueden decidir sobre la base de la totalidad del debate"*¹⁹⁸

La identidad física del juzgador extiende sus alcances al fiscal y al defensor pero en una forma relativa, ya que éstos sí podrían ser reemplazados inmediatamente en caso de enfermedad por ejemplo, sin necesidad de que el debate se suspenda. Sin embargo, en atención al principio de legalidad procesal y al derecho de defensa respectivamente, consideramos que debería suspenderse de igual forma el debate por el plazo de diez días de ley, dado que la percepción directa del desarrollo de los medios de prueba es vital para la elaboración de las conclusiones finales o para solicitar la adopción de alguna medida alternativa, que podrían influenciar altamente el dictado final de la sentencia.

¹⁹⁸ BAUMANN (Jürgen), op. cit., p.93.

En cuanto al tema de la cadena de custodia de la evidencia, el principio de inmediación tiene gran influencia ya que forma parte del fundamento legal de este instituto procesal.

De esta forma, la necesidad de mantener inalterado el significado que se deriva de la evidencia durante todo el desarrollo del debate, tiene como principal objetivo que el dato probatorio se transforme en verdadera prueba judicial que despliegue todos sus efectos en el juicio oral y público, para que por inmediación se canalice tal significado en forma directa de la prueba al juez y demás sujetos procesales.

El fin próximo es la inmediación de la prueba, y parte de los medios para alcanzar dicho fin es la cadena de custodia de la evidencia.

2. Libertad de los medios de prueba

Dispone el artículo 182 del Código Procesal Penal:

“Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley.”¹⁹⁹

¹⁹⁹ Código Procesal Penal, art. 182.

Es conocida la expresión de que en materia penal todo se puede probar y por cualquier medio, sin embargo, tal expresión encuentra límites, como se verá. La libertad probatoria en realidad, puede ser concebida desde dos puntos de vista: en primer lugar, como una libertad en relación con el objeto de prueba, bajo el entendido de que todo hecho o circunstancias de interés para el proceso puede ser probada; en segundo lugar, como una libertad relativa a los medios de prueba, que hace referencia a la posibilidad de acudir a todos los mecanismo de orden legal, lógico y de sentido común, para demostrar o no el objeto de prueba. Bajo esta segunda acepción y como una derivación lógica de la libertad en los medios de prueba, se ha establecido que el desarrollo de los medios probatorios que hace el Código Procesal Penal, no es en forma alguna una enumeración taxativa sino ejemplificativa.²⁰⁰

La libertad probatoria encuentra límites. De esta forma, en cuanto a la libertad en el objeto de prueba, se tendrá que, únicamente pueden ser probados aquellos hechos o circunstancias de interés para el desarrollo del proceso, pero inmediatamente surge la duda de qué se debe entender como “hecho o circunstancias de interés para el proceso”, siendo a nuestro criterio, que los límites

²⁰⁰ Dispone el artículo 234:

“Artículo 234.- Otros medios de prueba

Además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no supriman las garantías y facultades de las personas ni afecten el sistema institucional. La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos.” Código Procesal Penal, art. 234.

en este sentido, atienden a los conceptos de pertinencia y utilidad de la prueba; o sea, así como se exige que la prueba sea útil y pertinente, el hecho o circunstancia por probar también lo debe ser, para que sirva de apoyo en la búsqueda de la verdad real .

La libertad en los medios de prueba también encuentra límites, siendo la legalidad del medio probatorio el factor principal por considerar. Es en este sentido que los tribunales de justicia han indicado: *“En materia penal rige el principio de libertad probatoria, lo que implica que puede utilizarse cualquier elemento de prueba para demostrar la verdad real o material, siempre y cuando sea legítimo”*²⁰¹

La legitimidad o legalidad del medio de prueba depende de dos factores: en primer lugar, estará condicionada a que el medio de prueba no sea prohibido, y en segundo término, dependerá de que el medio se desarrolle conforme al procedimiento establecido por ley, o uno análogo a éste.

La legalidad del medio de prueba consiste en desarrollar los medios permitidos por ley, ya que esto contraviene el principio de libertad probatoria. La ley lo que hace es indicar “prohibiciones”²⁰² en el empleo de los medios, y la enunciación de ciertos medios de prueba que se hace en la normativa penal, es enunciativa y no taxativa.

²⁰¹ Tribunal Superior de Casación Penal, No. 497, de 29 de junio del 2000.

²⁰² Véase Constitución Política, art. 40, Código Procesal Penal, art. 181 párrafo segundo.

En cuanto al principio en comentario, indica Zabala Barquero: *“El órgano jurisdiccional puede – con motivo de la capacidad de investigación – utilizar cualquier medio de prueba legal para conocer la verdad integral. Si no fuera así, entonces tanto el principio de oficialidad como el de investigación integral de la verdad quedarían reducidos a la nada, pues si el juez no tiene libertad de probar, es decir, de ordenar sin consentimiento de las partes la práctica de los actos procesales que considere necesarios para el conocimiento de la verdad, entonces, ésta sería disponible por las partes procesales y sólo se referiría a lo que se ha dado en llamar la verdad formal, que no es precisamente lo que debe reinar en el proceso penal”*.²⁰³

3. Principio de comunidad de la prueba

Según lo expresado por la Sala Constitucional, *“...de conformidad con el principio de comunidad de la prueba, todos los elementos probatorios una vez introducidos en el proceso son comunes a todos los sujetos procesales, principalmente al imputado en razón del derecho de defensa.”*²⁰⁴

Ya sea que el dato probatorio lo aporte el órgano encargado de la investigación o bien, las partes, tratándose del proceso penal, dicha prueba pasa a ser un

²⁰³ ZABALA BARQUERO (Jorge), citado por VELÁZQUEZ CASTRO (Hugo F.), op. cit., p.43.

²⁰⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 4784 , de las 8 hr. 36 m. del 30 de setiembre de 1993.

elemento común, sujeto a escrutinio y contradicción, y es en este sentido en que hablamos de comunidad de la prueba.

Como indica el profesor Castillo, *"... las pruebas ofrecidas o recibidas se revisten del mismo carácter público propio del procedimiento penal; pasan al mismo dominio público por estar referidas a un asunto de derecho público como es el juzgamiento de una infracción penal."*²⁰⁵

Dicho principio procesal de orden probatorio, tiene su estrecha relación con el tema de la cadena de custodia de la evidencia, ya que durante el desarrollo del proceso penal, y antes de llegar a la etapa de debate, los sujetos procesales se encuentran facultados para exigirle a la autoridad judicial encargada de custodiar la evidencia, que se la muestre, para efectuar el escrutinio que crean pertinente, a fin de preparar sus alegatos.

Piense de esta forma, en el caso hipotético de que un defensor exija a la fiscalía que le muestre la evidencia que ha sido incautada, para preparar sus argumentos en la audiencia preliminar, y que en dicho despacho judicial no le puedan dar razón de donde se encuentra el material probatorio, aunque días después dicha prueba aparezca. Tal circunstancias podría dar pie a que el defensor pida un sobreseimiento basado en falta de prueba, dado que el material que existía se ha tornado ilegítimo, al no haberse permitido ejercer el derecho de

²⁰⁵ CASTILLO BARRANTES, citado por JIMÉNEZ PADILLA (María), op. cit., p.54,55.

defensa, y todo ello en virtud de que, con base en el principio de comunidad de la prueba, el defensor solicitó que se le mostrara la evidencia en un principio.

4. Principio de contradicción

Dada la naturaleza del proceso penal, en relación con los bienes jurídicos tutelados que se encuentran en juego, es necesario que todos los sujetos procesales puedan ejercer un control de legalidad sobre todo el desarrollo de la actividad probatoria, con el fin de que puedan intervenir en dicha actividad haciendo los cuestionamientos que crean pertinentes.

En este mismo orden de ideas, el profesor González Álvarez nos ilustra: *“En el proceso penal es necesario garantizar la recepción de la prueba bajo el control de todos los sujetos del proceso, con el fin de que ellos tengan la oportunidad de intervenir en esa recepción haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones, vigilando la forma en que la prueba se introduce al proceso, apreciando la manera en que las demás partes también realizan esa misma labor y luego, debe garantizarse que puedan evaluar las pruebas para apoyar sus conclusiones.”*²⁰⁶

El principio de contradicción se extiende, en una forma mucho más amplia, a todas las actuaciones que se lleven a cabo durante el desarrollo de todo el

²⁰⁶ GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, Revista de Ciencias Penales, San José, año, 8, No. 11, julio de 1996, pp. 60- 80

proceso, sin limitarse a la actividad probatoria. Sin embargo, por la naturaleza de esta investigación, resta indicar que el principio en comentario resulta ser de suma importancia, no solo durante la etapa de recepción de la prueba, sino durante todas sus vicisitudes a lo largo del proceso.

De esta forma, podría decirse que, con fundamento en el principio de contradicción, las partes dentro del proceso penal, pueden exigir el respeto a la cadena de custodia de la evidencia, solicitando que la misma les sea mostrada para velar por su integridad y veracidad probatoria.

5. Principio de formalidad y legitimidad de la prueba

Si bien rige en materia penal el principio de libertad probatoria, ello no implica que el desarrollo de los medios de prueba pueda efectuarse en forma arbitraria, ya que frente a tal libertad, se erige como garantía procesal el principio de formalidad y legitimidad de la prueba.

La ley lo que permite es la utilización de todo tipo de medios (con las limitantes ya indicadas) pero la forma en que han de desarrollarse los mismos, sí se encuentra vedada para los sujetos procesales, ya que el legislador desarrolló toda una serie de formalidades en resguardo de los principios fundamentales que le asisten a todo ser humano.

Sin embargo, cualquiera podría cuestionarse lo siguiente: ¿qué sucede con los medios probatorios novedosos que utilicen las partes y para el cual el legislador no previó las formalidades a seguir? En este caso la ley regula dicha situación al prever que *“La forma de su incorporación al procedimiento se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos”*²⁰⁷

Con base en el principio en comentario, se podría concluir que el principio de libertad probatoria, en lo que atañe a la libertad de medios, se refiere a una libertad en cuanto a la “novedad del medio” pero no en cuanto a su formalidad, la cual deberá ser análoga a la prevista para uno de los medios de prueba que contempla el Código Procesal Penal.

En lo que respecta a la legitimidad de la prueba, el tema ha sido tratado ampliamente a nivel doctrinario y jurisprudencial, y a ello se hará referencia en el capítulo segundo del título siguiente de esta investigación.

La legitimidad del medio probatorio dependerá de dos factores: por un lado de la utilización de medios prohibidos, como la declaración obtenida mediante amenazas o tortura, y por el otro, de la incorrecta incorporación del medio probatorio al proceso, ya sea por violación al principio de formalidad de la prueba, o por violación a la cadena de custodia de la evidencia.

²⁰⁷ Código Procesal Penal, art. 234.

En cuanto al Principio de Legitimidad de la Prueba, la Sala Constitucional ha indicado que el mismo forma parte integral del debido proceso, y en específico, atiende a los denominados "derechos al procedimiento". Sobre el particular ha dicho:

"Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil, que aparece en el meollo del caso motivo de esta consulta, a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo, ya esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí -sobre lo cual no parecer (sic) haber ninguna discusión-, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien del matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordenado por el artículo 13 de su Ley - en este sentido, ver, por todas, por ejemplo las sentencias Nos. 802-90, 1298-90, 1345-90,

1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, entre otras muchas -.”²⁰⁸

A partir del enunciado de la Sala se pueden ir formulando algunas críticas o cuestionamientos. Una de ellas tendría que ver con el carácter científico de la doctrina de la prueba ilícita, en otras palabras ¿ La falta de consenso a nivel de los más altos tribunales costarricenses, y la constante variación del criterio jurisprudencial, permitiría hablar de una verdadera doctrina de la prueba ilícita o ilegítima en Costa Rica? También es cuestionable el hecho de que únicamente se hable de prueba ilegítima a partir de la utilización de medios prohibidos, dejándose de lado la ilegitimidad de la prueba por violación de formalidades. No obstante, dichas críticas serán desarrolladas más adelante en el transcurso de esta investigación.

Por el momento, resulta de importancia hacer notar que la violación de la cadena de custodia de la evidencia es parte integral de las formalidades que se deben seguir para la correcta incorporación del dato probatorio al proceso, por lo que de violarse la misma, se estaría transgrediendo el principio de formalidad y legitimidad de la prueba, y al ser éste –según lo indicado por la Sala Constitucional– parte integral de los derechos al procedimiento, que conforman a su vez el principio constitucional del debido proceso, se podría concluir que la

²⁰⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

violación de la cadena de custodia, transgrede el debido proceso, al punto de que tal violación podría ser alegada incluso en sede constitucional.

El problema de la afirmación anterior, se podría prever si se sostiene –como lo han hecho algunos tribunales de justicia y doctrinarios– que la prueba ilegítima solo es aquella obtenida por medios ilícitos, ya que la cadena de custodia de la evidencia no es un medio probatorio, sino que constituye parte integral de las formalidades que se deben seguir desde el punto de vista técnico – jurídico, para lograr una correcta incorporación de la evidencia al proceso y canalizarla en forma legítima hasta el juicio oral y público. O sea, que a partir de tal concepción, la violación de la cadena de custodia de la evidencia no constituiría una transgresión al principio de legitimidad y formalidad de la prueba, y por ende, no violaría el debido proceso, lo cual resulta a todas luces contraproducente con el resguardo de las garantías constitucionales que le asisten a todo ser humano, y que forma parte de la filosofía que inspira el actual Código Procesal Penal.

6. Principio de pertinencia e idoneidad de la prueba

La pertinencia de la prueba consiste –como se indicó- en la conexión que debe existir entre la prueba y el hecho que se investiga, al punto de que ésta haga referencia a una circunstancia jurídicamente relevante para el proceso, que permitan establecer las relaciones existentes entre la acción, su resultado, la víctima y el presunto culpable.

Leone define los conceptos de pertinencia y relevancia de la prueba de la siguiente forma: *“Pertinencia de la prueba significa referencia de ella a la comprobación en curso; referencia que no es necesario que sea directa e inmediata, pudiendo incluso ser solamente mediata. (...) Relevancia de la prueba significa posibilidad de concurrir, incluso mediata e inmediatamente a la comprobación en curso; en sustancia, más que una caracterización positiva, es una caracterización negativa, en el sentido de excluir las pruebas totalmente superfluas, esto es, no idóneas en la forma más absoluta para contribuir a la comprobación de la verdad.”*²⁰⁹

La pertinencia de la prueba puede ser directa o indirecta, según demuestren o no los elementos de la imputación delictiva. La idoneidad de la prueba, pese a que tiene una estrecha relación con los conceptos de pertinencia y relevancia, no debe confundirse con éstos.

La idoneidad, según el Diccionario de la Real Academia Española, atañe a una cualidad de los idóneo, o sea, aquello que es adecuado y apropiado para una cosa.²¹⁰ La idoneidad de la prueba tiene que ver más con el grado de motivación que genera en el ánimo del juzgador para emitir su fallo. En otras palabras, la prueba idónea es la base de la fundamentación probatoria de la sentencia de

²⁰⁹ LEONE (Giovanni), *op.cit.*, p. 181.

²¹⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A., tomo II, vigésima primera edición, 1992, 1139.

condena o absolución, y por ende, su grado de importancia dentro del proceso dependerá de si la misma es simplemente pertinente, o bien, si se trata de prueba idónea.

Puede ser que la prueba sirva para demostrar circunstancias jurídicamente relevantes (verbigracia, que demuestre la inclinación del imputado por beber alcohol) pero que no demuestre (o bien desacredite) los extremos de la imputación delictiva. En este caso se dice que la prueba es pertinente pero no es idónea.

De esta forma se podría hablar de una relación género—especie, bajo el entendido de que toda la prueba que es idónea es pertinente, pero no toda la prueba pertinente es idónea. Lo anterior no desacredita la posibilidad de que se pueda obtener un fallo condenatorio, únicamente con prueba pertinente inidónea, como ocurre con la condena a través de prueba indiciaria, pero en este caso, dicha prueba deberá ser precisa, relevante y concordante entre sí.

Estos conceptos —como se verá— resultan ser de suma importancia para el tema de la cadena de custodia de la evidencia; ya que a través de ellos se puede llegar a establecer si la violación del requerimiento de custodia, constituye una transgresión al principio constitucional del debido proceso, haciendo casable la sentencia, o si por el contrario, dicha violación puede ser subsanada o convalidada a través de las regulaciones de la actividad procesal defectuosa, sin que constituyan un vicio de nulidad absoluta.

TÍTULO SEGUNDO

CADENA DE CUSTODIA DE LA EVIDENCIA

CAPÍTULO PRIMERO: Requerimiento de custodia en el manejo de la evidencia

Con el fin de averiguar la verdad real, resulta necesario, no solo determinar si el testigo en efecto pudo observar directa o indirectamente lo que dice haber visto; sino que es preciso asegurarse de que el documento falso o el cuchillo ensangrentado son realmente lo que se sospechaba que eran y no algo diferente y ajeno al delito; todo ello porque si bien el testigo puede mentir en cualquier sentido y por muchas razones, lo cierto es que los objetos relacionados con el delito también pueden ser alterados, sustituidos, dañados o puestos en determinado lugar con el fin de lograr la absolución del culpable o señalar como responsable a un inocente.

Desde esta perspectiva, al igual que se utilizan muchas técnicas de indagación para determinar si un testigo dice la verdad, lo propio es darle importancia al tema de la cadena de custodia de la evidencia, ya que a través de ésta se puede establecer si el significado que arroja el material probatorio es verás y puede ser utilizado para fundamentar el fallo. En otras palabras y desde una perspectiva muy general, la cadena de custodia de la evidencia es la técnica empleada para descubrir la verdad real que se desprende de la evidencia física.

Pese a lo anterior, el desarrollo doctrinario, jurisprudencial e incluso legislativo, no ha sido muy elaborado en cuanto a este tema, evidenciándose la falta de

interés al respecto, lo cual resulta ser contraproducente si tomamos en cuenta que en gran parte de los delitos hay intervención de evidencia física que requiere ser custodiada, siendo ésta en grado de importancia, igual o superior en algunos casos a la prueba documental o testimonial.²¹¹

Con fundamento en lo indicado, en el presente capítulo se desarrollará en la primera sección los aspectos generales de la cadena de custodia de la evidencia, los cuales tiene que ver con su precisión conceptual, fundamento constitucional, naturaleza jurídica, los partícipes en el manejo de la evidencia y el concepto mismo de evidencia. En la segunda sección se analizarán los pasos que implican la cadena de custodia, para finalmente hacer un estudio jurisprudencial del tema.

Sección I: Aspectos generales de la cadena de custodia

A. Concepto e importancia procesal

En el plano doctrinario y jurisprudencial, como se indicó, ha sido muy poco el desarrollo sistemático que se le ha dado al tema de la cadena de custodia de la evidencia. Es por ello la necesidad de precisar un concepto que sirva de base para todo el desarrollo posterior del tema.

²¹¹ Houed Vega en este mismo sentido expresa: "... pocas veces se insiste en o se presenta un claro panorama sobre la importancia de su recolección científica y el significado de su "cadena de custodia" para garantizar un producto ajeno a la contaminación propia de sistemas que carecen de tecnicismos, tanto en la policía como en los demás órganos (judiciales o no) encargados de preservarlos para que mantengan eficacia y validez. Lo que sí se ha logrado, (...) es un análisis bastante profundo sobre lo que es prueba ilícita o prohibida (...) ligado con las mencionadas deficiencias..." HOUED VEGA (Mario), citado por CAMPOS CALDERÓN (Federico), op.cit., p. 77.

Antes de entrar a una enunciación de las posibles definiciones, cabe citar al autor Hidalgo Murillo, quien reflexiona sobre la importancia procesal que tiene el tema de la cadena de custodia de la evidencia a la luz del nuevo Código Procesal Penal. En este sentido nos dice:

“El tema adquiere un matiz importante con el nuevo Código Procesal Penal si consideramos, en primer lugar, la intención prevista por el legislador de que el objeto o la evidencia sea analizada en el debate y, por ende, que los sujetos del proceso tengan relación directa, inmediata, con la evidencia; en segundo lugar, que en los actos que exigen la destrucción de la evidencia, y que, por ende, no pueden ser preservados o conservados para el juicio, se exige la oralidad e inmediatez en el acto preliminar probatorio y, en tercer lugar, que el concepto de cadena de custodia permite una definición distinta según se acepte que el Ministerio Público tiene potestades de realizar actos definitivos e irreproducible o, por el contrario, que éstos sólo corresponden al Juez del Procedimiento Preparatorio en la fase preliminar.”²¹²

En correspondencia con lo indicado por el autor y a manera de síntesis, podría decirse que la importancia procesal de la cadena de custodia, según la doctrina y finalidad seguida por el actual Código Procesal Penal, estriba en ser una vía para

²¹² HIDALGO MURILLO (José D.), op. cit., p. 280.

efectivizar varios de los principios procesales, como el de verdad real, el de legitimidad de la prueba y el de inmediación.

Si se parte de que la cadena de custodia es un medio probatorio genérico por el cual se hace discurrir la evidencia física a lo largo del proceso hasta que ésta deja de ser útil para el descubrimiento de la verdad real, la importancia de esta temática radica en ser una garantía procesal, tanto para los sujetos intervinientes como para el juez, en el sentido de que este último analizará la cadena de custodia y si determina que no hay violación, podrá utilizar dicha evidencia como verdadera prueba para sustentar su sentencia.

En cuanto a su definición, se podría decir que existe una conceptualización clásica y otra moderna. Desde un punto de vista clásico, nuestros tribunales de justicia han empleado en forma casi generalizada la siguiente definición:

*La cadena de custodia de la evidencia es aquel medio por el que "... se garantice con absoluta certeza que los elementos utilizados como prueba durante el juicio, después de haber sido analizados, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos."*²¹³

Dicha definición hace referencia en realidad a tres momentos de la actividad probatoria: el de producción de la prueba, el del análisis de la misma y el de

²¹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 368 de las 8hr. 55m. del 14 de agosto de 1992.

valoración, sin embargo, deja de lado las demás etapas en las que se hace necesario el requerimiento de custodia.

La definición hace más referencia al fin inmediato de la cadena de custodia de la prueba que a sus rasgos fundamentales, ya que indica que por la cadena de custodia se debe establecer una razón de identidad entre la prueba valorada en juicio y la recolectada en el lugar de los hechos.

En cuanto a esto último, se debe señalar como deficiencia de la concepción, el señalar como fuente de evidencia física únicamente el lugar de los hechos, cuando lo cierto es que toda la evidencia que llega al proceso, ya sea proveniente o no del lugar del crimen, debe ser custodiada.

También hace referencia la definición al fin mediato de la cadena de custodia, como lo es el descubrimiento de la verdad real, cuando indica la necesidad de tener "absoluta certeza" por parte del juzgador.

Una de las grandes virtudes de la definición es que concibe la cadena de custodia de la prueba como una garantía, lo cual desde ya abre una luz en torno a la naturaleza jurídica de este instituto procesal. Bajo esta misma tesitura, la Sala Constitucional en una forma un poco más simple, ha definido la cadena de custodia de la siguiente forma:

*“Es claro que la llamada cadena de custodia de la evidencia constituye, junto con otros elementos, una formalidad instituida para garantizar una válida producción de elementos probatorios del proceso penal.”*²¹⁴

En forma semejante, Campos Calderón la define como *“El conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la investigación judicial, con el fin de: a) Evitar la alteración y/o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio forense (o presentado en el juicio), es lo mismo recabado (o decomisado) en el propio escenario del delito (o en otro lugar relacionado con el hecho).”*²¹⁵

Modernamente se maneja otra definición, esbozada por el investigador Jorge Badilla, la cual indica que la cadena de custodia se puede concebir como el *“...proceso de control que se aplica al indicio material relacionado con el delito, desde su localización por parte de la autoridad, hasta que han sido valorados por los órganos encargados de administrar justicia y deja de ser útil al proceso, y que tiene como fin no viciar el manejo que de ellos se haga para evitar alteraciones, daños, sustituciones, o cualquier acción que varíe su significado original.”*²¹⁶

²¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5743 de las 15 h. 6 m. del 29 de octubre de 1996.

²¹⁵ CAMPOS CALDERÓN (Federico), *op.cit.*, p.80.

²¹⁶ Conferencia del señor Jorge Badilla, Facultad de Derecho, 27 de marzo de 2001.

Esta definición tiene la virtud de comprender en forma mucho más amplia el radio de acción de la cadena de custodia de la evidencia, sin limitarlo a una parte de la actividad probatoria, y más bien extendiéndola desde el hallazgo de la evidencia hasta que ésta deja de ser útil para el proceso.

Otro de los elementos de interés que proporciona la definición, consiste en la necesidad de mantener inalterado el significado original que se desprende del dato probatorio, por lo cual, se hace necesario indicar que, efectivamente, la evidencia como tal no sirve para el descubrimiento de la verdad real, sino que es el significado de la misma la que nos permite verificar, o no, los extremos de la imputación delictiva. En otras palabras, el cuchillo ensangrentado por sí mismo no nos dice nada, sino que es su relación con el tiempo, lugar y partícipes lo que permite inferir una conclusión de interés para el proceso penal, a la cual desde el punto de vista criminalístico se le llama "significado" de la evidencia.

De nuestra parte podríamos definir la cadena de custodia como aquella serie de pasos sucesivos de carácter técnico – legal que se inicia desde la llegada del primer oficial de policía a la escena del crimen o desde la recepción de la evidencia por parte de la autoridad competente, pasa por las distintas etapas y autoridades que intervienen en el proceso penal y se extiende hasta que el dato probatorio deja de ser útil para el juez y los demás sujetos procesales. Funge como una garantía procesal para el descubrimiento de la verdad real, a través de la verificación de los extremos de la imputación delictiva, lo cual logra al mantener

libre de toda contaminación o alteración la evidencia encontrada, a fin de hacerla llegar al juicio oral y público como material probatorio legítimo y susceptible de ser valorado por el juez para la fundamentación probatoria del fallo judicial.

De la definición antes expuesta se pueden plantear una serie de preguntas que permitirán ahondar en el tema a lo largo del presente estudio, entre éstas tenemos:

- ¿Qué pasos contempla la cadena de custodia?
- ¿Por qué se dice que dichos pasos deben ser sucesivos?
- ¿Qué tecnicismos legales y científicos implica el resguardo de la evidencia?
- ¿Cómo se contamina o altera la evidencia?
- ¿Qué se entiende por evidencia?
- ¿A qué se le llama escena del crimen?
- ¿Por qué se debe hacer llegar al juicio oral y público el material probatorio?
- ¿A qué se le llama material probatorio legítimo?
- ¿Qué es una garantía procesal?
- ¿Qué valor probatorio debe darle el juez a las pruebas incorporadas al juicio con violación de la cadena de custodia?

A partir de dicha definición, se pueden extraer dos clases de elementos constitutivos de la cadena de custodia. Estos elementos, se pueden dividir en objetivos y subjetivos:

Entre los elementos objetivos tenemos por un lado la evidencia física y por el otro, las técnicas tendientes a mantener libre de contaminación o alteración el dato probatorio.

En lo que respecta a los elementos subjetivos, éstos comprenden de una parte, los funcionarios judiciales que intervienen en la manipulación y custodia de la evidencia y por otro lado, la valoración dada por el juez a la prueba incorporada al juicio oral y público.

De igual forma, de la definición expuesta se puede extraer el fin inmediato y mediato de la cadena de custodia: el fin inmediato que se persigue, consiste en establecer una identidad absoluta durante el juicio oral, entre la evidencia que se valora por el juez en ese momento y la que fue hallada en la escena del crimen o arribó por cualquier otro medio legítimo al proceso.

Bajo esta idea, "... se afirma que, desde el hallazgo de la evidencia, la cadena custodia de la prueba debe continuar bajo un estricto control. Es decir, en las diferentes etapas del proceso la prueba, debe ser fácilmente ubicada tanto por el juez como por el fiscal, el defensor y la policía.

Lo anterior tiene como propósito: en primer término garantizar que, en las diferentes etapas del proceso, la evidencia recogida, tiempo atrás en el lugar de

los hechos, sea la misma; en segundo término, que la prueba se someta a análisis científicos y así obtener constancia de ellos.”²¹⁷

El fin mediato por su parte, pretende identificar al autor o partícipes del hecho delictivo y establecer su grado de responsabilidad, mediante el descubrimiento de la verdad real, lo cual sólo se logra desde el punto de vista probatorio, si la evidencia física que servirá de base para la fundamentación de la sentencia, ha mantenido su significado intacto desde su hallazgo hasta su valoración final.

B. Fundamento Constitucional

El respeto de los derechos fundamentales debe ser el eje central de todo sistema de Administración de Justicia.

Costa Rica al respecto no es la excepción, siendo que las garantías constitucionales han cobrado gran realce en el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que vive nuestro país, esto en especial a partir de la creación de la Sala Constitucional.

El sistema de derecho –según la Teoría de Kelsen - se encuentra constituido en forma piramidal, en el que la cúspide se encuentra ocupada por la Carta

²¹⁷ HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo), Cadena y custodia de la evidencia en Costa Rica, Autocapacítese No. 25 año 2000, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, s.n.p.

Política, la cual impregna todo el ordenamiento jurídico y se constituye en su sustento.

Así mismo, instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratifican el respeto de derechos fundamentales de las personas, como es el caso de la garantía del debido proceso, prevista en el artículo 14 de dicho instrumento internacional.²¹⁸

De esta forma, la cadena de custodia de la evidencia, como instituto procesal que es, encuentra sustento en la norma superior, en convenios y tratados internacionales²¹⁹ suscritos por nuestro país, y en forma específica, en el derecho de defensa y en la garantía del debido proceso.

El Derecho de Defensa se desprende de entre otros numerales, del artículo 39 de la Constitución Política y de los párrafos 2,3 y 5 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho, implica entre otros, el derecho del imputado a ser asistido por una defensa técnica, el derecho a comunicarse privadamente con su defensor, el acceso irrestricto a las pruebas y la posibilidad de combatirlas, el derecho a un proceso público y el derecho a hacer uso de todos los recursos legales de defensa.

²¹⁸ O.N.U., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley No. 4229 de 11 de diciembre de 1968, s.n.p.

²¹⁹ Al efecto, debe tomarse en cuenta a manera de ejemplo, el Tratado Centroamericano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente, ratificado mediante Ley No. 7697, publicado en La Gaceta No. 210 de 31 de octubre de 1997.

Parte del cometido de la cadena de custodia, radica en que las partes tengan la posibilidad de ejercer un control de legalidad sobre la evidencia incautada, y que en caso de alteración, sustitución o contaminación del indicio material, puedan ejercer todos los mecanismos de defensa para excluirlo como prueba.

De esta forma, desde el mismo momento de la recolección del material probatorio, durante su discurrir a lo largo de las distintas instancias jurisdiccionales y hasta que la evidencia se valora como prueba en la etapa de juicio, las partes, y en especial el imputado, invocando el derecho de defensa, pueden estar presentes en los distintos momentos de la actividad probatoria, para velar porque se respeten sus derechos y garantías constitucionales en el manejo de la evidencia física, y en caso contrario, hacerlas ver al juez de la etapa procesal que corresponda.

El otro principio de orden constitucional que fundamenta el tema en estudio, lo es el Principio del Debido Proceso, ampliamente desarrollado a nivel doctrinario y jurisprudencial.

En cuanto a este tema, Hernández Ramírez ha indicado lo siguiente: *“De ello, podemos concluir que, el “Derecho General a la Justicia”, como condición previa al Debido Proceso, reviste de contenido constitucional a toda diligencia que se*

realice con la finalidad de dar protección y que asegure la evidencia; es decir, a la denominada "cadena y custodia de la prueba."²²⁰

De esta forma, si se parte que los principios procesales probatorios son parte constitutiva del debido proceso, según lo ha indicado la Sala Constitucional en muchos de sus votos,²²¹ y si se toma en cuenta que las violaciones a la cadena de custodia infringen dichos principios, según lo expuesto en el capítulo anterior, no queda más que concluir que la violación a la cadena de custodia de la prueba, constituye una violación al debido proceso.

Por ende "...del "Debido Proceso" deriva el contenido constitucional del procedimiento de cadena y custodia de la evidencia. Se garantiza la identidad de la evidencia a lo largo del proceso penal. Además, el ciudadano cuenta con la garantía de que la prueba aportada en su contra no será arbitrariamente manipulada."²²²

Por demás, las pruebas utilizadas por el juez para fundamentar su fallo, deben ser constitucionalmente legítimas, con lo cual se deduce en forma innegable, la base constitucional de la cadena de custodia, que radia en el debido proceso que ha de seguirse para mantener la legitimidad del dato probatorio incautado.

²²⁰ HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo), *op. cit.*, snp.

²²¹ Véase entre otros: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

²²² HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo), *op. cit.*, snp.

El Magistrado González Álvarez, haciendo alusión a afirmaciones hechas por la Sala Constitucional en torno al tema del debido proceso en materia penal nos dice: *"... entre las afirmaciones más directamente relacionadas con nuestro tema debemos mencionar aquella en que se indicó que todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso se convierten automáticamente en violaciones constitucionales. En efecto, se afirmó que "...las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se convierten, por virtud del principio, automáticamente en violaciones al debido proceso por ende de rango constitucional..."*. Lo anterior tiene un gran significado a nivel procesal. Desde ese punto de vista, entonces, todas las violaciones al debido proceso deben entenderse conminadas genéricamente con nulidad absoluta por implicar violación constitucional, cuyo examen se impone incluso de oficio; pueden ser conocidas en casación sin necesidad de que se aleguen siquiera en el recurso; se pueden volver a plantear en revisión; y finalmente son tutelables también por medio del recurso de Hábeas Corpus, aplicándosele el tratamiento propio de las violaciones constitucionales con todas sus implicaciones.²²³ (lo subrayado no es del original)

Si se toma en cuenta que la cadena de custodia es un instituto procesal, relacionado estrictamente con la mera legalidad en el desarrollo de los distintos

²²³ GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), Justicia Constitucional y Debido Proceso, Revista de Ciencias Penales, San José, año, 5, No. 8, marzo de 1994, p. 83.

medios probatorios que implican incautar evidencia física; si además parece haber consenso en que la violación a la cadena de custodia de la prueba es una violación al debido proceso porque infringe, entre otros, el principio de formalidad y legitimidad de la prueba; y si finalmente se considera, como lo ha dicho la misma Sala, que todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso se convierten automáticamente en violaciones constitucionales. Podría concluirse en tesis de principio, que la violación de la cadena custodia de la prueba acarrea todas las consecuencias que indica el profesor González Álvarez, entre las que destacan las siguientes:

- a) Conforme al nuevo trato procesal, se consideraría un defecto absoluto, que podría ser declarado de oficio y que no sería susceptible de convalidación.
- b) Sería objeto del recurso de casación y revisión.
- c) Su tutela se podría exigir mediante el recuso de Hábeas Corpus.

En forma consecuente con esta línea de pensamiento, la Sala Tercera ha indicado:

“La jurisprudencia de esta Sala, en aras de tutelar los principios constitucionales de defensa y debido proceso, se ha mostrado muy exigente en cuanto al manejo de evidencias, por ser este uno de los campos más delicados y más expuestos a la contaminación probatoria.”²²⁴

²²⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 792 de las 15hr. 55m. del 7 de agosto de 1997.

Sin embargo, surge la siguiente duda: ¿Toda violación a la cadena de custodia de la prueba es una violación al Debido Proceso?

Este es uno de los temas en que puede haber mayor controversia, y en el que incluso podrían evidenciarse contradicciones en el desarrollo jurisprudencial de la misma Sala Constitucional, por cuanto la respuesta a la pregunta dependerá del enfoque que se adopte.

De esta forma, si se afirma que *“...todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso se convierten automáticamente en violaciones constitucionales”*²²⁵, pareciera que la respuesta a la interrogante es que efectivamente, todas las violaciones a la cadena de custodia de la prueba violan el debido proceso, y por ende, producirían los efectos indicados.

Sin embargo, la Sala Constitucional ha dicho que la violación de la cadena de custodia de una evidencia solamente es violatoria del debido proceso cuando ella se relaciona con un elemento esencial para la sentencia, en el sentido de que la ausencia de tal elemento de prueba torna imposible la atribución de un hecho al imputado.²²⁶ En este sentido ha dicho:

“No obstante, la relevancia de los vicios en la cadena de custodia depende absolutamente de la que tenga el elemento probatorio de la que ella forma parte,

²²⁵ GONZÁLEZ ÁLVAREZ *op.cit.*, p. 83.

²²⁶ LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *op.cit.*, p. 469.

de manera que sólo se constituirá en infracción al debido proceso, cuando haya ocurrido dentro del procedimiento para la producción de elementos probatorios esenciales dentro del proceso, en el sentido de que la ausencia de esa prueba torne imposible la atribución del hecho al imputado.”²²⁷

De este último enunciado de la Sala, surge en forma inmediata la siguiente duda: ¿Qué se debe entender por elementos probatorios esenciales? La Sala no ha sido clara al respecto, con lo cual el análisis de la violación de la cadena de custodia de la evidencia se torna casuístico, y por ende, pierde su carácter de doctrina científica.

De nuestra parte consideramos que los elementos probatorios esenciales son aquellos que coinciden con el concepto de idoneidad de la prueba. O sea, si la violación de la cadena de custodia recae sobre prueba idónea, hay una violación al debido proceso.

La idoneidad de la prueba tiene que ver con el grado de motivación que genera en el ánimo del juzgador para emitir su fallo. En el sentido de que la prueba idónea es la base de la fundamentación probatoria de la sentencia de condena o absolución.

²²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5743 de las 15 h. 6 m. del 29 de octubre de 1996

Estimamos que no todas las violaciones a la cadena de custodia de la evidencia deben ser consideradas violaciones constitucionales, ya que volveríamos al criterio anterior del régimen de nulidades, en el que se alegaba la nulidad por la mera nulidad.

La inspiración de la doctrina que fundamenta la actividad procesal defectuosa en el nuevo Código Procesal Penal, pretende agilizar el proceso y adecuarlo al designio constitucional de justicia pronta y cumplida, por ello debemos hacer la distinción entre defectos absolutos y defectos subsanables, en el sentido de que la violación de la cadena de custodia se podrá ubicar en ambos, dependiendo de la intensidad de la violación y, fundamentalmente, dependiendo del tipo de prueba en que recaiga.

De esta forma, si la violación recae sobre prueba idónea, se estará frente a un defecto absoluto, susceptible de producir los efectos procesales ya indicados, y por el contrario, si la violación recae sobre prueba pertinente y relevante pero inidónea, el defecto, en tesis de principio, podría ser convalidado y no infringiría el debido proceso.

Claro está, hay que hacer la salvedad para el caso en que únicamente se cuente con prueba pertinente y relevante, como sucede con la prueba indiciaria, supuesto en el que la violación de la cadena de custodia, sí afectaría el debido proceso, ya que, precisamente, una de las condiciones del fallo condenatorio con

fundamento en el silogismo indiciario, es que los indicios sean precisos y concordantes entre sí, y si uno de los indicios es cuestionado por violación de la cadena de custodia, se rompe el hilo de precisión y concordancia.²²⁸

C. Naturaleza Jurídica

La Sala Constitucional ha dado algunas luces en cuanto a la naturaleza jurídica de la cadena de custodia, al desarrollar las dimensiones a partir de las cuales puede analizarse este instituto procesal. Al efecto ha dicho: *“La cadena de custodia en la recolección de la prueba, puede analizarse desde dos dimensiones diferentes. Desde el punto de vista estrictamente probatorio, la prueba tendrá mayor eficacia si se comprueba realmente que ha sido manipulada en forma correcta desde su descubrimiento en la escena del delito o en el sitio en que haya sido encontrada hasta su introducción efectiva al proceso. El descubrimiento, el levantamiento, la fijación, la recolección, el traslado y la custodia de las evidencias o elementos materiales que sirvan como prueba del hecho delictivo, requieren de una especial capacidad técnica, por lo que a menudo se encomienda a personal calificado de la policía judicial, con el objeto de no alterar ni contaminar con factores externos la evidencia, y si es del caso, mantener su pureza a los fines de un análisis más profundo sea químico, físico o de cualquier naturaleza. Esta*

²²⁸ “La prueba de indicios puede darle fundamento legítimo a un fallo condenatorio, pero deben identificarse y analizarse tales indicios, estableciendo su conexión, deduciendo, coherentemente, que son claros, precisos y concordantes”. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 309 de las 11 hr. 50m. del 31 de mayo de 1996.

operación generalmente se respalda de múltiples maneras: mediante fotografías de acercamiento, identificación y ubicación general de los objetos, videos, actas y el respectivo embalaje de aseguramiento de los mismos. Cualquier defecto u omisión en este procedimiento, debilita eventualmente la pureza del elemento probatorio recopilado, incluso en lo que respecta a su correcta ubicación en la escena o a la forma en que el mismo se vincule con la responsabilidad penal del imputado. A su vez, la cadena de custodia puede referirse a aspectos atinentes en exclusiva a la legalidad de la prueba, es decir, si fue recopilado por sujetos con competencia para ello, si se cumplieron las formalidades procesales previstas para ello – existencia de resolución fundada de juez, por ejemplo, en los casos de allanamientos; confección del acta respectiva con la asistencia de testigos instrumentales, etc.-, si existen las respectivas razones de recibido en las distintas dependencias en que la prueba o evidencia material ha sido trasladada con indicación de la hora, naturaleza, peso y cantidad de los objetos, de modo tal que puede seguirse procesalmente hablando el "rastros legal" de la prueba para ser válidamente incorporada al proceso.²²⁹

Sin embargo, lejos de ser un instituto estrictamente probatorio o un componente de la legalidad de la prueba, la cadena de custodia de la evidencia constituye una verdadera garantía procesal.

²²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 724 – 98 de las 12 hr. 15 m. del 6 de febrero de 1998.

Una garantía procesal se define como un instrumento al servicio de las partes, que tiene como finalidad mantener inalterado el contenido esencial del derecho al cual responde. En efecto, toda garantía está en función de un derecho base, el cual a su vez encuentra sustento constitucional, por lo que se podría afirmar, que las garantías procesales se constituyen a su vez en garantías constitucionales, ya que directa o indirectamente están en función del resguardo de un derecho constitucionalmente establecidos.

“Se trata de instrumentos reactivos que se ofrecen a los ciudadanos para que, en cada caso singular, en que se considere violado un derecho fundamental puedan acudir a ellos y obtener la preservación del derecho o su restablecimiento.”²³⁰

Así como el derecho de defensa encuentra sustento en la garantía de inviolabilidad consagrada en el artículo 126 del nuevo Código Procesal Penal, la necesaria demostración de culpabilidad encuentra su protección en la garantía del debido proceso, de la cual la cadena de custodia de la evidencia es parte integral, con lo que, más que una garantía procesal en sentido estricto, podría afirmarse que la cadena de custodia de la evidencia es una verdadera garantía constitucional, que se ocupa de mantener inalterado el contenido mínimo que

²³⁰ ARMIJO SANCHO (Gilbert), LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), RIVERO SÁNCHEZ (Marcos), Nuevo Proceso Penal y Constitución, San José, editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1998, pp. 288,289.

consagra la presunción de inocencia del imputado durante el desarrollo del proceso.

D. Partícipes en el manejo de la evidencia

Uno de los principales problemas en cuanto al manejo de la evidencia, es la cantidad de sujetos que interviene, tanto desde el momento mismo de su hallazgo en la escena del crimen, hasta que ésta deja de ser útil para el proceso.

Desde el año 1992 ya los Tribunales de Justicia venían evidenciado esta situación cuando indicaron: *"Debemos reconocer que en nuestro sistema nos hemos preocupado muy poco por garantizar lo que algunos denominan la "cadena de custodia", y tienen toda la razón los señores Jueces Superiores al afirmar en este caso concreto en la sentencia que "...el Tribunal no se puede basar únicamente en versiones ofrecidas por los miembros de la policía y tenerlas como verdaderas, si éstas no se apoyan en técnicas científicas, como sería haber realizado la cadena de custodia hasta hacer llegar los objetos del ilícito hasta el juez, como hubiera sido que cada sobre y envoltorios de cocaína decomisada se hubiera introducido en una bolsa plástica en el momento del decomiso, indicar con una marca o cualquier otro símbolo que correspondía al caso en estudio, llevarlo de esa forma hasta el Organismo de Investigación Judicial e indicarse cuál investigador lo pasaba a la sección correspondiente para su respectivo análisis, y así en una secuencia lógica y de custodia llegara hasta el Juez...". Pero debemos*

*agregar que ese deber va dirigido a todos los funcionarios que intervienen en las diferentes fases y etapas del proceso, no sólo a los policías, pues los objetos y las muestras o elementos de prueba son manipulados también por conserjes, escribientes y Secretarios de los Despachos Judiciales; por los jueces, defensores y fiscales; por auxiliares administrativos de transportes; por funcionarios auxiliares del Departamento de Medicina Legal y Laboratorio Forense; por los técnicos, médicos, microbiólogos, químicos y demás peritos profesionales, entre muchos otros.”*²³¹

En este mismo sentido Hernández Ramírez expresa: *“El procedimiento de cadena y custodia de la evidencia es responsabilidad de todos los funcionarios judiciales que intervienen en la Administración de Justicia Penal.”*²³²

El problema parece ser una falla del sistema, que ha sido heredada al actual Código Procesal Penal y que debe ser corregida. Ya que actualmente, los mismos intervinientes señalados por la Sala, siguen teniendo participación en el manejo de la evidencia, aumentado en forma mucho mayor el riesgo de alteración, sustitución o contaminación de la evidencia.

Tal situación reviste importancia cuando se analiza el tema de los sujetos procesalmente legitimados para manipular la evidencia, ya que al ser tantos los

²³¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. No. 368 de las 8:55 hr. del 14 de agosto de 1992.

²³² HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo), op. cit., snp.

intervinientes, la posibilidad de establecer dicha legitimidad, o bien, las eventuales responsabilidades, se torna muy difícil, o aún más, esta situación puede generar la duda razonable que se requiere para absolver a un imputado.

Atendiendo a la lógica del sistema, para un correcto funcionamiento del mismo, lo propio, en primer término, es que intervengan la menor cantidad de personas en la manipulación de la evidencia, y en segundo lugar, que exista una correspondencia entre la persona que interviene, el momento procesal y la capacidad técnica y legal del sujeto.

Por ejemplo, se encuentra procesalmente legitimada la policía judicial para recolectar la evidencia, fotocopiarla, embalarla, transportarla e incluso ordenar su pericia, dado que legal y técnicamente cuenta con las capacidades necesarias para garantizar que la evidencia no será alterada, sin embargo estas funciones no las podría llevar a cabo un escribiente o la misma policía administrativa, por no contar con los requerimientos técnico - legales necesarios.

De igual forma, el Ministerio Público o el Juez podrían ordenar la devolución de la evidencia o su destrucción, pero tales funciones legalmente no las posee la Policía Judicial o el perito. A fin de determinar si una persona se encontraba legitimada para resguardar adecuadamente la evidencia y no infringir la cadena de custodia de la misma, se deberá hacer un estudio de capacidades técnicas por un lado y de capacidades legales por el otro, ya que por ejemplo, constituiría una

violación a la cadena de custodia tanto el que el conserje embale la evidencia (por no contar éste con los conocimientos técnicos de rigor), como el que un funcionario de la policía judicial ordene la destrucción del material probatorio, (por no estarle permitido legalmente).

En la práctica judicial, la falta de información sobre las capacidades técnicas y legales que una persona debe tener para el manejo de la evidencia es uno de los factores más influyentes en la violación de la cadena de custodia.²³³ Por ejemplo, es muy dado que los escribientes al recibir la evidencia, abran las envolturas y la manipulen, a fin de consignar todos los datos posibles en las razones de recibido, cuando lo propio, desde el punto de vista técnico, es que únicamente consignen la integridad de los sellos del envoltorio.

También es común que el escribiente guarde la evidencia en algún archivo que tenga a su alcance o en su mismo escritorio, cuando lo correcto, desde el punto de vista legal, es que el encargado del despacho judicial (Fiscal o Juez), dispongan qué hacer con la evidencia, ya sea que ordenen alguna pericia, su devolución, su destrucción, su remisión al depósito de objetos o su custodia definitiva hasta la etapa de juicio en un lugar específico que debe tener cada despacho para el resguardo del material probatorio.

²³³ “El éxito de la técnica policial utilizada es la búsqueda científica de los elementos probatorios está relacionada directamente con las capacidades profesionales de la persona asignada para esa labor...” CAMPOS CALDERÓN (Federico), *op.cit.*, p. 91.

E. La evidencia

1. Concepto

Se entiende por evidencia *“Cualquier objeto, marca o impresión, por más pequeña que sea, que pueda contribuir a la reconstrucción del crimen o conducir a la identificación del criminal o conectar al criminal con la víctima o con la escena del crimen y que pueda requerir el procesamiento en el laboratorio para rendirla utilizable en la investigación o en el juicio.”*²³⁴

Para Horgan *“... se considera evidencia (1) lo que tienda a mostrar la identidad del sospechoso (huellas digitales, pisadas, etc.); o (2) lo que tienda a mostrar la forma o método con el cual se cometió el delito (armas, cheques falsificados u otros instrumentos).”*²³⁵

*“La evidencia significa lo que demuestra, aclara o confirma la verdad de cada hecho o punto en litigio, ya sea a favor de una u otra parte.”*²³⁶

El concepto de evidencia debe ser analizado en relación con el concepto de prueba que maneja nuestra actual normativa procesal penal. Según se ha expuesto, el actual Código Procesal Penal admite como pruebas las siguientes:

²³⁴ HIDALGO MURILLO (José D.), *op. cit.*, pp.283,284.

²³⁵ HORGAN (John J.), traducido por VASSEUR WALLS (Alfonso), CAMPOS CONEJO (Francisco), *Investigación Penal*, México D.F., editorial Continental S.A., primera edición en español, 1982, p. 27.

²³⁶ Declaración de BLACKSTONE citada por VANDERBOSCH, (Charles G.), *Investigación de Delitos*, Editorial Limusa, México, primera reimpresión 1984, p. 52.

- a. La que sea producto final de la investigación preparatoria susceptible de ser incorporada al debate según las reglas de los actos definitivos e irreproductibles, o por lectura.
- b. La que sea producto final de la investigación preparatoria pero que se evacue en forma íntegra durante el desarrollo del debate a la luz de los principios que informan la nueva legislación (v.gr., el principio de inmediación).

Fuera de estos dos supuestos, el material probatorio que se emplea durante el desarrollo del proceso no es prueba penal en sentido técnico, sino que es "evidencia".

La evidencia es el material probatorio recolectado que debe ser sometido a análisis y custodia, para hacerlo llegar al juicio oral y público en forma legítima, susceptible de ser valorado como prueba penal. La evidencia tiene la misma finalidad de la prueba penal, sea determinar los extremos de la imputación delictiva, no obstante, ésta por sí misma, no puede ser empleada para fundamentar la sentencia de condena.

La evidencia, en palabras sencillas, es una prueba potencial, cuya transición dependerá del legítimo manejo procesal que se le brinde. De esta forma, hablando en sentido técnico, si se parte de que la cadena de custodia recae en gran medida sobre la evidencia y en mucho menor grado respecto a la prueba

penal, lo apropiado sería hablar de “cadena de custodia de la evidencia” y no de “cadena de custodia de la prueba”.

2. Clasificación

Siguiendo a Vanderbosch, la evidencia puede clasificarse de la siguiente forma:

- a) ***“La evidencia directa: tiende a mostrar la existencia de hechos determinados que un testigo conoce y que son de su conocimiento porque los percibió por medio de uno o varios de sus sentidos: lo que él vio, oyó, olió, palpó o probó. El testimonio, relacionado con un crimen cometido en su presencia, es evidencia directa. Un testigo que declara que vio y oyó al acusado amenazar a la víctima, también está incluido en esta categoría.***
- b) ***La evidencia circunstancial: no prueba por sí misma directamente el hecho, pero establece que cierto hecho, o serie de hechos, tienden a probar ciertos elementos del caso o del asunto. También se la llama evidencia indirecta. La evidencia circunstancial se obtiene de inferencias y suposiciones, o de aquellas cosas que podrían indicar que una persona pudo haber cometido el acto, o estuvo en situación de haberlo cometido. Por ejemplo: el testimonio respecto al hecho de que vieron al acusado muy cerca del lugar del crimen, justamente antes del acto, indicaría que pudo haber cometido el delito en cuestión, aun cuando no establece directamente el hecho de que lo haya cometido.***

c) **La evidencia real:** *la proporcionan los objetos que hablan por sí mismos y no requieren explicación sino únicamente identificación. La evidencia real puede consistir en una camisa ensangrentada, un arma, herramienta o cualquier otro objeto relacionado directamente con el crimen, el cual puede ser observado y, además, es tangible si se compara con la descripción verbal de estos objetos.*²³⁷

Para Brichetti, la evidencia probatoria puede ser clasificada en dos categorías:

a) **“La evidencia probatoria física, externa, inmediata o de hecho:** *este tipo de evidencia la suministran las comprobaciones fundadas sobre lo que han percibido los sentidos del juez o de las personas que intervienen en el proceso, en calidad de imputados, de partes lesionadas, de oficiales de policía judicial, de peritos, de testigos, etc. En tal caso, la evidencia emana del hecho conocido, por su vinculación directa con la persona que hubo de percibirlo. Es una forma de evidencia que se puede calificar, por tanto, de inmediata porque está fundada sobre el sentido, que es lo puro inmediato; a diferencia de la evidencia moral que es mediata, porque está fundada sobre la relación entre el pensamiento y el ser. Se puede decir, por tanto, que en la evidencia sensible la verdad tiene la propia autenticación por el carácter inmediato del ver y comprender.*

²³⁷ VANDERBOSCH (Charles G.), op.cit. ., pp. 52,53.

b) **La evidencia probatoria moral, interna, mediata o de razón:** este segundo tipo, lo proporcionan las observaciones, las consideraciones que el juez o las otras personas que intervienen en el proceso, mediante el propio raciocinio, deducen de la confrontación entre los hechos ya establecidos: modo este último diverso del primero, pero idóneo también para conducir al juez en la investigación y en el descubrimiento de la verdad, si se deja guiar por la lógica no por el arbitrio o por el prejuicio.”²³⁸

Al margen de las clasificaciones doctrinarias, si se parte que la evidencia es la misma prueba penal, únicamente que en términos potenciales, y condicionada a su legítimo manejo procesal, se podría afirmar que la misma clasificación de la prueba penal le es aplicable a la evidencia.

Por el momento, lo que interesa resaltar es que la evidencia física constituye el objeto de la cadena de custodia, dado que es sobre los elementos tangibles sobre los que podría recaer alteración, sustitución o contaminación.

3. Admisibilidad de la evidencia

La admisibilidad de la evidencia dentro del proceso, dependerá de varios factores, entre los que destacan su grado de pertinencia y, fundamentalmente, su

²³⁸ BRICHETTI (Giovanni), traducido por SENTÍS MELENDO (Santiago), op.cit., p. 119.

legítimo manejo procesal, o en otras palabras, del resguardo de su cadena de custodia.

Según Vanderbosch²³⁹ la evidencia pertinente es aquella que tiene alguna tendencia razonable para probar cualquier hecho material. Debe estar relacionada con el caso y limitada al punto a discutir. Dicha condición nos lleva a excluir el material que no esté conectado con el caso en disputa, al punto de que la evidencia no será pertinente ni admisible cuando no tenga fundamento ni relación con los extremos de la imputación penal, o en definitiva no sea aplicable al caso.

Algunos de los casos de evidencia considerada pertinente y, por tanto admisible, son:

1. Motivo del crimen.
2. Habilidad del acusado para cometer el crimen.
3. Oportunidad para cometerlo.
4. Injurias y amenazas lanzadas por el acusado.
5. Medios para cometer el delito (posesión de un arma o de herramientas usadas al cometerse el crimen).
6. Evidencia física encontrada en el lugar, que relaciona al acusado con el crimen.

²³⁹ VANDERBOSCH (Charles G.), *op.cit.*, p. 53.

7. Conducta y comentarios del sospechoso en el momento del arresto.
8. Intento de ocultar su identidad.
9. Intento de destruir la evidencia.

Por otra parte, la admisibilidad de la evidencia exige que ésta sea confiable y competente, con el fin de establecer además de su pertinencia, su grado de validez. Así, la base en que se apoya la validez de la evidencia, es la confiabilidad de la fuente de información, por lo que si se demuestra que ésta fue recabada por un sujeto capacitado técnica y legalmente para ello, y se constata su debida custodia, la evidencia ingresará al proceso y se convertirá en verdadera prueba penal.

F. La escena del crimen

Por lo general, la evidencia física sobre la cual recae la cadena de custodia, se obtiene de tres fuentes principales: de la escena del crimen, de la víctima, y del presunto culpable. En lo que respecta a la escena del crimen, a nivel doctrinario no parece ser clara la definición, dado que algunos autores, bajo una concepción que se podría llamar restringida, la limitan al lugar de los hechos y otros, en forma más amplia, la extienden a su entorno y demás sitios relacionados con el delito.

1. Concepto restringido

Bajo la concepción restringida, algunos autores confunden la escena del crimen con la escena de la muerte, o bien, con el levantamiento del cadáver como medio de prueba. En este sentido indican:

*"Llámase levantamiento del cadáver o escena de la muerte: al examen exterior del cuerpo, con todos sus detalles accesorios, en el mismo sitio donde ocurrió la muerte y antes de que se haya hecho alteración alguna, pues la ley prohíbe tocar algo hasta que no haya llegado la autoridad competente acompañándose de los peritos."*²⁴⁰

Hidalgo Murillo por su parte, concibe la escena del crimen de la siguiente forma: *"Entendemos la escena del crimen como el lugar donde ocurrió el hecho ilícito que se investiga como hecho punible, que a menudo incluye los accesos, las áreas circundantes y las rutas de escape"*²⁴¹

Así, la escena del crimen se limita al lugar donde se desplegó la acción, verbigracia, vehículo robado, lugar en que se perpetró el homicidio, etc., junto con sus alrededores y accesorios.

²⁴⁰ CASAL PIGA (Victoria), Importancia de la investigación en la escena de la muerte, para el Proceso Penal, San José, Tesis para optar al título de licenciada en derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de derecho, 1975, p.2.

²⁴¹ HIDALGO MURILLO (José D.), op.cit., p.283.

2. Concepto amplio

Según esta concepción, la escena del crimen no se limita al lugar donde se desplegó la acción, sino que abarca todos aquellos lugares en los que es posible hallar rastros del ilícito penal.

De esta segunda tesis es partidario Horgan, el cual indica: *“Se efectúa una búsqueda en el área de la escena del crimen para descubrir cualquier evidencia física que pudiera determinar los hechos del crimen; identificar el criminal, y ayudar al arresto y convicción del sospechoso. La búsqueda, aun cuando se llame búsqueda en escena del crimen, no se limita al área específica del delito en sí, puede extenderse a lo largo de la ruta de acercamiento y seguir la línea de huida del criminal.”*²⁴²

En el mismo sentido Campos Calderón expresa: *“El término escenario del delito debe interpretarse en sentido amplio, ya que la ubicación de los indicios no necesariamente se circunscribe al sitio principal donde sucedió el hecho investigado o donde está la mayoría de los indicios, sino que también estos pueden estar dispersos por varios lugares, inclusive sobre el mismo cuerpo humano de la víctima o del sospechoso, siendo relevante destacar que todos los*

²⁴² HORGAN (John J.), *op. cit.*, p. 40.

*indicios estarán sometidos a las mismas reglas de custodia sin importar su origen.*²⁴³

De nuestra parte consideramos que es más acertado reconocer que la escena del crimen puede extenderse a otros lugares distintos del lugar en que se desplegó la acción, ya que perfectamente el lugar donde se encontró la víctima puede no coincidir con el lugar en el que ocurrió el delito, el lugar donde se halló el objeto mediante el cual se perpetró el crimen, o el lugar donde se encontró al imputado, y no obstante ello, todos estos lugares arrojan evidencia física que requiere custodia y una labor investigativa.

Lo adecuado, como lo indica Constain Medina,²⁴⁴ es que el escenario del crimen sea presentado y reproducido de tal manera que los testigos, fiscales, defensores y jueces puedan entenderlo en todos sus detalles, por lo que resulta más recomendable mostrar un panorama amplio de la escena del crimen y no circunscribirlo al lugar donde se cometió el delito.

En cuanto al tema de la cadena de custodia, resulta de importancia hacer la distinción que señala Moras Mom²⁴⁵ en relación con los elementos que pueden ser hallados en la escena del crimen y que requerirán la debida custodia y legítimo

²⁴³ CAMPOS CALDERÓN (Federico), *op.cit.*, p. 88.

²⁴⁴ CONSTAIN MEDINA (Manuel), CONSTAIN CHÁVES (Alberto), *Investigación Criminal*, Bogotá, editorial Temis Librería, s.n.e. 1963, p. 61.

²⁴⁵ MORAS MOM (Jorge R.), *op. cit.*, p. 183.

manejo procesal. De esta forma, dentro del concepto de *corpus delicti* podemos hallar en primer lugar el *corpus criminis*, que es todo aquello sobre lo cual recae la actividad delictiva, por ejemplo, la persona muerta en el homicidio; el documento en la falsificación; la cosa en el daño; etc., todo lo cual no es sino el "objeto material" en la teoría del delito. También es posible hallar el *corpus instrumentorum*, que es el integrado por los medios o instrumentos usados para la comisión del delito: verbigracia, el arma, el veneno, la combinación de ambos en el homicidio; el papel, la tinta, las planchas para falsificar; las llaves, ganzúas, elementos contundentes, para la usurpación; etc. Finalmente, es posible encontrar el *corpus probatorium* que es el conjunto de pruebas que lucen aptos para la acreditación del hecho, tales como los testigos presentes en el lugar, los documentos demostrativos de consecuencias, operaciones y formas usadas para la comisión, etc.

Esta materialidad física, en sus tres aspectos –indica Moras Mom- es la que ofrece el primer contacto para el investigador, cuyo deber es asegurar de inicio su inmovilidad, ubicarla en la escena del crimen, recogerla y conservarla, para que luego y respeto de ella, se produzca prueba.

Sección II: Pasos que implica la custodia de la evidencia

A. Llegada del primer oficial a la escena del crimen

Es innegable la importancia del primer oficial de policía en la escena del crimen, no únicamente desde el punto de vista técnico, sino legal, ya que en buena medida, la valoración que haga el tribunal del material probatorio dependerá de la labor desempeñada por éste en el lugar de los hechos.

“El aspecto individual más importante en la investigación, es el primer oficial en la escena. Las acciones de esta persona jugarán no solo un papel importante para la admisión de la prueba, sino que también para evitar la pérdida del valor de los indicios.”²⁴⁶

Normalmente, el primer oficial en llegar a la escena del crimen es un miembro de la policía administrativa, lo cual nos plantea la siguiente incógnita: ¿en qué momento inicia la cadena de custodia de la evidencia? ¿Con la llegada de la policía administrativa o hasta que arriba la policía judicial?

Si tomamos en cuenta que dentro del esquema de administración de justicia penal, la policía administrativa cumple una función de suma importancia en la prevención del delito, dejando de lado las funciones represivas a la policía judicial,

²⁴⁶ JOSEPH (Alexander) y ALLISON (Harrison), Handbook of crime scene investigation, U.S.A., primera edición, editorial Allyn and Bacon, INC., 1980, p. 86.

se podría afirmar que la cadena de custodia de la evidencia inicia desde la llegada de la policía administrativa a la escena del crimen, siendo que su tarea principal consistirá en protegerla mientras llegan los oficiales judiciales acompañados de los auxiliares, quienes con sus conocimientos técnicos recabaran la evidencia en forma legítima.

Como indica Casal Piga, la comisión judicial, integrada por el juez, el secretario y el médico forense, se apersonarán en el lugar del suceso, procederán a examinar detenidamente todos los indicios y rastros que sean importantes para la reconstrucción del hecho y de esta manera aclarar de la mejor forma lo sucedido, a fin de encontrar al autor del hecho, o bien, responsabilizar al imputado.²⁴⁷ Dentro de las instrucciones generales que debe seguir el juez en la escena del crimen tenemos las siguientes:

1. Determinar si la víctima está muerta.

Este examen debe realizarse cuidadosamente para evitar que las pruebas puedan dañarse o destruirse.

Si hay posibilidades, debe asegurarse la atención médica.

Si hay vida, ésta tiene prioridad sobre los resultados de la investigación, por lo que se está ante un motivo de apresuramiento.

²⁴⁷ CASAL PIGA (Victoria), op.cit., p.3.

2. Preservar las pruebas.

Si se descubre algún material que pueda servir como evidencia física, no debe tocarse o alterarse, pero sí anotar sus características, posición y localización relativa en la escena de la muerte y fijarse que sea preservada en su estado original por la persona que se encarga de la recolección de pruebas.

3. Cooperar con los expertos.

Es común que el juez o el fiscal quieran intervenir en el manejo de la evidencia, lo cual puede traer resultados negativos para la investigación si no se cuentan con los conocimientos técnicos necesarios, es por ello que el juez o el fiscal en estos casos debe limitar su intervención a la aplicación de sus capacidades legales y dejar los requerimientos técnicos a los miembros de la policía judicial o demás peritos que participen.

4. Anotar condiciones.

Cuando un juez llega a la escena de la muerte, deberá anotar las condiciones del tiempo, posición del sol o de la luna, dirección del viento, así como la hora exacta, olores extraños, etc.

5. Prohibir familiares.

No debe permitirse la presencia de miembros de la familia afectada en la escena del crimen, a menos que legalmente les esté permitido, esto porque

en ocasiones puede haber una tendencia a ocultar la pista o proteger de otra manera al familiar. En este sentido, debe analizarse la posibilidad de orientar la investigación hacia pistas que descubran algo que tienda a señalar un determinado miembro de la familia como autor o partícipe del delito.

4. Escuchar declaraciones.

Se deben recabar todos los detalles de interés para la recolección de la evidencia en la escena del crimen. En este sentido hay que tomar declaraciones a los testigos y consignar sus nombres y calidades, por si son requeridos posteriormente. Asimismo, se debe estar muy alerta por declaraciones indiscretas hechas por estos u otras personas que tengan conocimientos del crimen. Algunos detalles involuntarios pueden suministrar una pista que llevará a la solución del caso.

5. No hablar sobre el delito.

No se debe revelar información valiosa sobre pistas a los distintos medios de comunicación, ni hacer predicciones sobre lo sucedido. Si el juez descubre una pista de valor, debe ponerla en conocimiento de la policía judicial en forma inmediata para su legítimo manejo procesal.

6. El delito debe ser probado.

El juez más que nadie, debe tener muy en cuenta que el delito debe ser probado no en la escena del crimen, ni durante la investigación preliminar, sino en la etapa de juicio, por lo que debe velar porque la extracción de la evidencia se haga en estricto apego a la normativa que regula el medio probatorio de que se trate, de que se respeten las garantías procesales del imputado y de que el manejo de la misma se haga por el personal capacitado para ello. En definitiva, como juez de garantías, debe velar por el legítimo manejo procesal de la evidencia en todos sus sentidos.

En lo que atañe al primer oficial, el objetivo principal que éste debe cumplir es preservar la escena del crimen. Esta labor consiste en resguardar el lugar de los hechos en las mismas condiciones físicas en que lo dejó el delincuente o sus cómplices, evitando todo tipo de contaminación o alteración.

A nivel doctrinario son muy variados los requerimientos que se señalan como tareas de rigor por parte del primer oficial de policía en la escena del crimen. Así por ejemplo, para Horgan la primera labor que se debe efectuar es poner a una persona a cargo de la búsqueda y que todos los demás se reportan a ese detective para las asignaciones de rigor. Luego debe mantenerse una cadena irrefutable de vigilancia de todas las evidencias encontradas.²⁴⁸

²⁴⁸ HORGAN (John), op. cit., pp. 29,30

Svensson y Wendel por su parte señalan: *"La primera obligación, es descubrir el lugar del crimen, y delimitarlo lo mejor que se pueda, aislándolo de sus alrededores y procediendo de tal manera que ningún indicio importante se pierda por haberlo limitado de un modo demasiado mezquino."*²⁴⁹

Algunas de las recomendaciones que indica la doctrina en cuanto a las tareas del primer oficial son:

1. Cuando llegue al lugar del suceso hágase el propósito de proceder de un modo metódico y minucioso.
- 2 No lleve ninguna idea preconcebida sobre lo que ha sucedido. Observe lo que pueda ver. Deje las hipótesis para los que vengan después.
- 3 Haga lo que pueda para detener al criminal entonces, si es posible. Si le detiene, busque en seguida los indicios que demuestren su culpabilidad.
- 4 Trate de salvar la vida de la víctima. Sea muy cuidadoso al hacer esto, y recuerde la sucesión de sus acciones.
- 5 Aisle el lugar que está guardando. Tome las medidas más rigurosas para lograrlo, acordonando, cerrando puertas, etc. Es más conveniente proceder por exceso que por defecto. En la carretera, pedirá ayuda para desviar el tráfico.
- 6 No consienta manejos, pisoteos o rupturas que destruyan indicios. Y sea cuidadoso para que usted mismo no los estropee involuntariamente. Haga lo

²⁴⁹ SVENSSON (Arne), WENDEL (Otto), Métodos modernos de investigación criminal, traducido por MARIÑAS (Francisco), Barcelona, editorial AHR, primera edición, 1956, p. 11.

que pueda para conservarlos. Esto le obligará a aguzar su inteligencia, sobre todo en los casos de condiciones adversas, como lluvia.

- 7 Haga una anotación sistemática (si puede) de los testigos, y de las personas que ellos le indiquen.
- 8 Informe a sus superiores y solicite de ellos la asistencia médica, si lo considera necesario.
- 9 Al manejar a los heridos, recuerde la importancia de anotar cuidadosamente las posiciones y posturas.
- 10 No toque el cadáver, las armas o los indicios que pueden existir hasta la llegada de los investigadores. Si los indicios pueden desaparecer fácilmente como por ejemplo, señales digitales en cera o grasa, a causa del ambiente, llévelos a un lugar seguro y esté en disposición de explicar después dónde fueron encontrados.
- 11 Cuando lleguen los superiores, hágales un relato completo y exacto, incluyendo dimensiones, horas, estado de la atmósfera, etc.
- 12 En todo ha de ser exacto y metódico. No permita que el éxito de la investigación influya sobre usted hasta hacerle perder la cabeza en sus comienzos. Su labor es conservar. Sea más bien un perro vigilante que un sabueso, pueden destruirse los mejores indicios al tratar de buscar algunos nuevos.

13 Nunca toque, cambie o altere nada, hasta no estar identificado, medido y fotografiado. Recuerde que cuando se ha cambiado de lugar un cadáver u objeto, nunca podrá restaurarse a su posición original exacta.

14 No se entretenga en largas discusiones con la prensa, curiosos o testigos.

Casal Piga ²⁵⁰ por su parte, considera que se debe formular un plan de procedimiento utilizando el menor número de personas necesarias para completar en forma efectiva la investigación. Dicho plan implica:

1. Examen exterior conducido por el investigador.

A.- Se debe hacer un cuidadoso estudio de la escena para obtener una idea de cómo pudo cometerse el ilícito.

B.- Investigar el área circundante por:

1. Si se utilizó automóvil, dónde fue estacionado.
2. Dónde se ocultó el autor para observar la escena del crimen.
3. Vías de acceso.
4. Marcas de llantas o pies.
5. Impresiones latentes.
6. Sangre.
7. Textiles.
8. Restos de fósforos o cigarrillos.
9. Artículos descartables.

²⁵⁰ CASAL PIGA (Victoria), op.cit., pp. 6, 7.

C– Registrar toda prueba encontrada mediante.

1 . Tomar fotografías.

- a) De la escena.
- b) El objeto del delito.
- c) Piezas importantes de prueba.
- d) Una vista general que demuestre los alrededores y el terreno cercano.

2. Levantar croquis.

3. Tomar videos.

4. Grabar sonidos.

D. - Recolección, identificación y embalaje de objetos.

1. Colocar las pruebas en tal forma que no se altere su significado.

E. – Etiquetado.

F. – Transporte.

Para Constain Medina, "... cuando el detective llega al escenario del delito ha de hacer lo siguiente: anotar la hora de llegada, ver quién puede ser el asesino y arrestarlo si es posible o arrestar a los sospechosos; tomar cuenta de las personas que se hallaban en el lugar; notificar del hecho a las autoridades competentes, dándoles una ligera reseña del caso; no dejar que persona alguna se acerque al cadáver o cambie de sitio las cosas, en espera del médico legista y de los técnicos de laboratorio para que éstos hagan y dispongan lo pertinente; impedir

*que los extraños entren al lugar del crimen; tomar nombres y direcciones de toda las personas presentes y nota detallada de quienes se crea que puedan ser los autores del delito para ordenar su captura; impedir la destrucción de pruebas, tales como huellas digitales, huellas de pasos y otras; expulsar del sitio de los sucesos todas las personas no autorizadas para permanecer allí por razón de un cargo o por estar detenidas; mantener separados los testigos para impedir que se pongan de acuerdo; señalar tarea concreta a cada ayudante o colaborador, y hacer un recuento minucioso de todos los trabajos que se adelanten.*²⁵¹

Si bien es cierto que los pasos por seguir dependerán en gran medida del tipo de delito, consideramos que se pueden establecer directrices generales por parte del primer oficial en la escena del crimen, mismas que se resumen en los siguientes aspectos:

a) Precisión de la hora

Precisar la hora de llegada a la escena del crimen resulta ser muy importante para verificar distintas hipótesis durante el desarrollo de la investigación criminal. Así por ejemplo, factores como la luz, la oscuridad, la lluvia, los horarios de trabajo, etc., dependerán en gran medida de la hora de llegada del primer oficial a la escena del crimen. Con base en dicha hora, tanto los peritos, el juez, los

²⁵¹ CONSTAIN MEDINA (Manuel), CONSTAIN CHÁVES (Alberto), op. cit., p. 129.

fiscales y los defensores, podrán formular conclusiones, basar sus interrogaciones, o bien, plantear sus argumentos.

La hora de llegada permite iniciar un proceso de reconstrucción del lugar de los hechos; se trata de establecer en el tiempo, a qué hora ocurrió el hecho delictivo, y así, tomando en cuenta la hora de llegada a la escena del crimen, tratar de determinar qué ocurrió entre la hora en que se cometió el delito y la hora en que llegó a conocimiento de la autoridad el mismo, dando inicio la investigación preliminar.

"La reconstrucción de hechos constituye una de las proyecciones o formas que puede asumir la prueba de inspección. Como su nombre lo delata, a través de la reconstrucción se producen situaciones, así en sus trazos medulares como en sus circunstancias o datos secundarios, con el propósito de apreciar fiel y detalladamente el escenario y las condiciones de un crimen."²⁵²

b) Llegada a la escena del crimen

La llegada a la escena del crimen requiere antes que nada, una preparación psicológica por parte del primer oficial. Este deberá concebir que en la escena de los hechos pueden haber muchas personas tratando de figurar por simple curiosidad, que pueden haber heridos, que puede haber evidencia susceptible de

²⁵² GARCÍA RAMÍREZ (Sergio), *op. cit.*, p.368.

desaparecer en cuestión de minutos (verbigracia, sangre, semen, sudor, etc.) que puede estar el imputado aún presente o en lugares próximos, que puede correr peligro su vida o la de terceras personas, y en fin, una serie de situaciones más, para las cuales el primer oficial debe ir pensando en una acción y estrategia a seguir, con el objetivo de evitar que los fines de la investigación se vean frustrados.

El primer oficial debe estar instruido acerca de la escala jerárquica de valores tutelados por el ordenamiento jurídico, y así, frente a estados de necesidad, ponderar cuál es el valor de mayor jerarquía para resguardarlo. De esta forma, si al llegar a la escena del crimen hay personas heridas tratando de sobrevivir, y a su vez el imputado está huyendo, el primer oficial debe tener presente que los valores seguridad jurídica y justicia, ceden frente al valor vida.

La llegada a la escena del crimen, implica un actuar con prioridades, siendo la primera, la protección de la vida humana. Esta realidad exige la presencia de cuerpos técnicos y científicos especializados, como el caso de la Cruz Roja o los Bomberos, sin embargo esto no obsta para que la Policía Administrativa actúe en resguardo de una vida, aún sin la presencia del Juez, del Fiscal, de la Policía Judicial o de peritos.

En resguardo de la vida o de la integridad personal, se permite destruir, alterar y contaminar la evidencia que se haya en la escena del crimen, de ahí que suele hablarse de reconstrucción de la escena.

Este es uno de los casos en los que se podría hablar de “contaminación legítima de la evidencia”, lo cual da pie al concepto de reconstrucción de la escena del crimen, labor que se lleva a cabo a través de todos los medios probatorios pertinentes, y en el que intervienen estos cuerpos especializados, ya sea como testigos o incluso peritos.

c) Notificación a las autoridades competentes

Con el fin de que la evidencia pueda ser utilizada como un verdadero objeto de prueba y le sean aplicables los distintos medios probatorios que prevé el actual Código Procesal Penal, deberá ser legítimamente incorporada al proceso, para lo cual se deberá dar cuenta de cada paso realizado en su manipulación, desde el momento en que fue hallada en la escena del crimen, hasta que es presentada como verdadera prueba en la etapa de juicio.

Para que la evidencia sea válidamente incorporada al juicio oral y público, debe haber estado en custodia de una autoridad competente en todo momento. Las autoridades procesalmente legitimadas para custodiar la evidencia y presentarla como prueba en la etapa de juicio son: el Fiscal o el Juez del procedimiento preparatorio o intermedio.

En cuanto al Fiscal, dispone el artículo 290 del Código Procesal Penal:

“El Ministerio Público practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional.

Podrá exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, quienes están obligados a colaborar con la investigación, según sus respectivas competencias y a cumplir las solicitudes o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley.

*Además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios de prueba en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.”*²⁵³ (lo subrayado no es del original)

El artículo 291 del mismo cuerpo legal, al efecto expresa:

*“El Ministerio Público podrá realizar las diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba esenciales sobre el hecho punible y determinar a sus autores y partícipes, aun cuando se haya suspendido el proceso a prueba o se haya aplicado un criterio de oportunidad.”*²⁵⁴ (lo subrayado no es del original)

²⁵³ Código Procesal Penal, art. 290.

²⁵⁴ Ibid.

En cuanto al Juez, parece no haber duda acerca de su capacidad procesal para custodiar la evidencia en forma legítima hasta el momento de ser presentada en juicio como prueba, ya que al menos en lo que atañe a la figura del juez del procedimiento preparatorio, éste se encuentra concebido dentro del nuevo esquema procesal penal como un juez de garantías constitucionales, donde se ubica la cadena de custodia de la evidencia. Respecto al juez del procedimiento intermedio, el mismo cumple la función de filtrar la evidencia que será incorporada como prueba al debate, por lo que resulta lógico pensar que éste pueda custodiarla hasta la etapa de juicio.

Tenemos a la Policía Judicial, ésta si bien no se encuentra procesalmente legitimada para resguardar por sí misma la evidencia hasta la etapa de juicio, si tiene facultades de conservación de los rastros del delito, al menos durante la investigación, en este sentido dispone el Código de Rito en el artículo 286:

“La policía judicial tendrá las siguientes atribuciones:

- a) Recibir denuncias.*
- b) Cuidar que el cuerpo y los rastros del delito sean conservados.*
- c) Si hay peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje una adecuada investigación.*

d) *Proceder a los allanamientos y las requisas, con las formalidades y limitaciones establecidas en este Código.*

e) *Ordenar, si es indispensable, la clausura del local en que por indicios se suponga que se ha cometido un delito.*

f) *Entrevistar a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.*

g) *Citar, aprehender e incomunicar al presunto culpable en los casos y forma que este Código autoriza.*

h) *Entrevistar e identificar al imputado respetando las garantías establecidas en la Constitución y las leyes.*

En el caso de los incisos b), c) y d) si no puede realizar la diligencia por impedimento legal deberá tomar las previsiones del caso para que no se alteren las circunstancias por constatar, mientras interviene el juez o el fiscal.²⁵⁵

Las atribuciones de la Policía Judicial, son de protección, conservación y manipulación técnica de la evidencia, a fin de ordenar las pericias del caso sobre la misma, más no está facultada para conservarla en forma definitiva y presentarla como prueba en la etapa de juicio; incluso, el mismo numeral antes citado, dispone en su párrafo final que en el caso de la conservación del cuerpo y de los rastros del delito, si la policía judicial no se encuentra legalmente facultada para ordenar su procesamiento, deberá tomar las previsiones del caso para que no se altere el material probatorio “... *mientras interviene el juez o el fiscal.*”

²⁵⁵ Código Procesal Penal, art. 286.

En correspondencia con lo indicado, la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial en el artículo 4 establece:

“El Organismo tendrá, entre otras que legalmente le sean señaladas, las siguientes atribuciones:

- 1) Recibir denuncias;*
- 2) Cuidar que se conserve todo lo relacionado con el hecho punible y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar la autoridad competente. No obstante, cuando se tratare de heridos, tomará las medidas necesarias para su curación, trasladándolos inmediatamente a donde se les preste auxilio. Mientras llega al lugar de los hechos la respectiva autoridad, los miembros del Organismo practicarán las diligencias técnicas de su incumbencia que consideren necesarias para el éxito de la investigación.”²⁵⁶*

Se reitera de esta forma el criterio de que la policía judicial debe esperar la llegada de la autoridad competente, debiendo antes de ello conservar los elementos probatorios.

En lo que atañe a la policía administrativa, el cuerpo legal supra citado dispone que la misma actuará siempre que no pueda hacerlo inmediatamente la judicial, pero desde que ésta última intervenga, la administrativa será su auxiliar.

²⁵⁶ Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, No. 5524 de 7 de mayo de 1974, art. 4.

No obstante, en casos urgentes o cuando cumpla órdenes de autoridades judiciales, la policía administrativa tendrá las mismas atribuciones que la judicial.²⁵⁷

Como se desprende de las disposiciones normativas citadas, es labor innegable del primer oficial en llegar a la escena del crimen notificar en forma inmediata a la autoridad competente, la cual corresponderá al juez o al fiscal. No bastaría por ejemplo, que el miembro de la policía administrativa llame a un funcionario de la policía judicial, para que éste se haga cargo del lugar de los hechos, ya que este segundo cuerpo policial, por imperativo legal, deberá llamar al fiscal o al juez, con lo cual se estaría perdiendo tiempo valioso. Lo recomendable es que el primer oficial en llegar a la escena del crimen llame directamente y en forma inmediata al fiscal o al juez que por competencia corresponda y que dichas autoridades se hagan acompañar de los especialistas que estimen pertinentes.

d) Protección y conservación de la escena del crimen

Como se ha indicado, la tarea primordial del primer oficial en llegar a la escena del crimen es proteger y conservar la evidencia. Según Hidalgo Murillo, la conservación de la evidencia significa, por un lado, actuar en el menor tiempo posible para localizar el indicio material en el sitio del hecho; por otro lado, que la prueba material recopilada se mantenga incontaminada hasta su incorporación al

²⁵⁷ Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, art. 4

proceso y hasta su valoración en el debate. Indica el autor que la actuación en el menor tiempo posible es una circunstancia del hecho mismo, de la cercanía de un centro policial y de la oportunidad de apersonamiento.²⁵⁸

La labor de protección de la escena del crimen inicia con su delimitación, evitando así que las demás personas ingresen a contaminar el indicio material. En este sentido, nada puede ser movido de su posición original, tanto por terceras personas como por el mismo primer oficial, a menos que sea absolutamente necesario para no frustrar los fines de la investigación. Esto en virtud de que hay gran cantidad de indicios que para ser aprovechables en una investigación criminal, deben ser recogidos con mucho cuidado y con un alto grado de profesionalismo. De esta forma, prácticamente, la labor principal del primer oficial en la escena del crimen se circunscribe a resguardar la escena hasta que llegue la autoridad competente, con sus órganos auxiliares especializados.

En cuanto a la delimitación del lugar de los hechos, Horgan nos dice: *“El lugar debe ser protegido no sólo en el sitio en donde realmente se cometió el crimen, sino una amplia zona adyacente a la escena real. Esto incluye cualquier porción de los alrededores, por la cual puede haber pasado el culpable hacia la escena del crimen o al abandonar ésta.”*²⁵⁹

²⁵⁸ HIDALGO MURILLO (José D.), op. cit., pp.282,283.

²⁵⁹ HORGAN (John J.), op. cit., p. 382.

La protección y conservación de la escena, pretende por un lado, lograr que el escenario del delito mantenga su apariencia original, dando la posibilidad de que todos los indicios físicos se conserven debidamente, y por el otro, busca reconstruir los hechos e identificar a los autores y partícipes.

Si el delito ha sido cometido en un cuarto cerrado o en un casa de habitación, se recomienda que todas las vías de acceso, puertas y ventanas, sean cerradas y vigiladas a fin de que nadie entre, siempre y cuando la manipulación de tales puestas y ventanas no implique contaminación de la evidencia; circunstancia de la cual deberá estar completamente seguro el primer oficial. Si el delito fue cometido en un campo abierto, el acceso a los lugares deberá quedar cerrado en un radio con una distancia prudencial, quedando enteramente prohibido el acceso al lugar del crimen para toda aquella persona que no tenga relación alguna con la investigación judicial, a menos de que se trate del personal de excepción a los cuales legalmente les está permitido contaminar la evidencia en resguardo de bienes jurídicos superiores como la vida o la integridad corporal.

Un punto importante es tratar de caminar lo menos que sea posible en el lugar de los hechos, hasta tanto no llegue el personal especializado, debiendo el primer oficial consignar en el informe que prepare el nombre de las personas que estuvieron antes en el sitio, qué estuvieron haciendo, qué evidencia pudieron haber alterado y en qué momento se retiraron.

Esta labor de protección y conservación se extiende incluso a los miembros de la policía judicial, en caso de que éstos figuren como primer oficial en la escena del crimen, ya que por disposición legal, sus atribuciones se limitan a la conservación del cuerpo y los rastros del delito, siendo que, únicamente podrán actuar mutuo propio, cuando se pongan en peligro los fines de la investigación, caso contrario, deberán esperar la orden de la autoridad competente para proceder a la manipulación del los indicios, respetando para ello las formalidades que prevé el ordenamiento jurídico para el medio de prueba que pretenda emplear.

e) Identificación de testigos

Dispone el inciso f) del artículo 286 del Código Procesal Penal, que será una atribución de la policía judicial entrevistar a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad.

De igual forma, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial establece como atribución de dicho cuerpo policial: *“Proceder a interrogar a todas las personas que pudieran aportar datos de interés a la investigación, practicando reconocimientos, reconstrucciones, inspecciones y confrontaciones convenientes”*²⁶⁰

²⁶⁰ Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, art. 4.

Siendo la escena del crimen el sitio próximo a la acción delictiva desplegada, es lógico pensar que la mayor cantidad de testigos, o al menos aquellos con un conocimiento directo del delito, se encuentren allí, por lo que además de custodiar el lugar de los hechos, el primer oficial debe tratar de identificar a los testigos que podrían ser útiles para los fines de la investigación. En este sentido, debe tomarles todos los datos que hagan posible su citación posterior o incluso una declaración preliminar.

Tratándose de la policía administrativa, si es que ésta funge como primer oficial en la escena del crimen, dada la redacción del artículo 284 del Código Procesal Penal, se puede llegar a la conclusión de que ésta se encuentra legitimada para tomarle declaraciones a los testigos en el lugar de los hechos, mientras llegan los personeros de la policía judicial junto con la autoridad competente, y en caso de que tal labor sea necesaria para no afectar los fines de la investigación, dado que el párrafo final de dicho artículo establece que la policía administrativa actuará siempre que no pueda hacerlo inmediatamente la policía judicial y como se ha indicado, dentro de las facultades de la policía judicial, se encuentra la de interrogar testigos.

B. Observación, hallazgo y fijación del lugar de los hechos

Concluida la labor del primer oficial en llegar a la escena del crimen, el paso siguiente por parte de los miembros de la policía judicial, la autoridad competente

y los expertos que se hayan hecho presentes, consiste en observar detenidamente el lugar, proceder a la localización de la evidencia y luego a su fijación por algún medio técnico.

El principio base en esta etapa de la investigación es que *“...nada se debe tocar, ni recoger, ni mover, mientras no haya sido fotografiado, localizado en un bosquejo o dibujo y descrito minuciosamente en cuanto a colocación, estado y cualquier otra observación pertinente.”*²⁶¹

El procedimiento de observación y hallazgo de la evidencia se lleva a cabo por lo general mediante la inspección ocular, en la cual opera el método de observación criminalística, pero también se aplica la inspección judicial en sus distintas modalidades, tanto del lugar del hecho como la inspección corporal, medios de prueba a los cuales ya se ha hecho referencia.²⁶²

Existe una gran diferencia entre la inspección (ocular o judicial) y el registro, dado que éste último es un medio de prueba que implica una labor activa de búsqueda y extracción, mientras que la inspección tiene únicamente fines de ubicación de los indicios; de ahí que consideremos equívoca la expresión de Vélez Mariconde cuando afirma lo siguiente: *“Cuando ya se han registrado los detalles anteriores, iniciaremos la verdadera inspección ocular, que consiste*

²⁶¹ ROUMAGNAC (Carlos), Elementos de Policía Científica, México, editorial Botas e Hijos, primera edición, 1923, p. 10

²⁶² Véase infra, Medios de Prueba.

*primordialmente en buscar y recoger todas las huellas y elementos que puedan por uno u otro motivo conducirnos al esclarecimiento del crimen y la captura de su autor, teniendo en cuenta que donde se ha desarrollado una acción, los que han participado en ella dejan, irremediablemente, vestigios de su paso, que por pequeños e imperceptible que sean, existen, ya sea en forma de huellas visibles o latentes; por consiguiente, el investigador debe ir con esta certidumbre, vale decir, que él los hallará.*²⁶³

La inspección ocular, es en el fondo una técnica de carácter científico, dado que contribuye al estudio de un objetivo de investigación planteado previamente, su planificación y control son sistemáticos y está sujeto a un control de validez de orden también científico.

A través de la inspección ocular, se busca comprobar la veracidad de un hecho delictivo, mediante la búsqueda de indicios materiales en cantidades que permitan identificar al autor o partícipes del delito, y conocer los pormenores de su grado de participación.

“El propósito de la inspección en al escena del crimen es el de localizar, identificar y preservar la evidencia física que pueda contribuir a la resolución del crimen. El criminal deja algún tipo de evidencia física en la escena del crimen,

²⁶³ VÉLEZ ÁNGEL (Ángel), Investigación criminal, Bogotá, editorial Temis Librería, segunda edición, 1982, 387, pp. 102, 103.

*siendo el problema de la Policía Judicial encontrarla. Por eso la inspección ocular en la escena tiene, como un primer fin, comprobar los rastros y otros efectos materiales que el hecho hubiere dejado (...) y, en segundo lugar, describir el estado existente y verificar el estado anterior, en caso de que el hecho no haya dejado rastros o no haya producido efectos materiales, o en los casos en que éstos hayan desaparecido y fueran alterados.*²⁶⁴

Existen condiciones necesarias para que se pueda desarrollar en debida forma la inspección ocular en la escena del crimen, en este sentido se recomienda desarrollar la inspección en las mejores condiciones de apreciación posibles, verbigracia, una debida iluminación natural o artificial, además debe desarrollarse en el menor tiempo posible, ya que, como suele afirmarse, “cada minuto que pasa es la verdad que huye”, del mismo modo, debe tenerse muy presente que todo detalle, por ínfimo que éste parezca, puede ser significativo para los fines de la investigación, por lo que debe ser ubicado para proceder a su fijación y extracción.²⁶⁵

Para el desarrollo de la investigación criminalística, resulta de suma importancia la determinación clara y precisa de la escena del crimen, entendida

²⁶⁴ HIDALGO MURILLO (José D.), op. cit., p. 284.

²⁶⁵ “El éxito de la técnica policial utilizada en la búsqueda científica de los elementos probatorios, está relacionada directamente con (...) la naturaleza del sitio del hecho delictivo: no es lo mismo buscar indicios en un sitio cerrado que en un lugar abierto, al aire libre con viento apacible que con viento o lluvia” CAMPOS CALDERÓN (Federico), op.cit., p.91.

ésta bajo un concepto amplio, esto en virtud de que la escena en cada instante que transcurre sufre una serie de alteraciones de modo irreversible, con la consiguiente pérdida del significado que arroja la evidencia. Es por esta razón que surge la imperiosa necesidad de fijar en el tiempo el estado originario en que se encontraba la evidencia.

Una de las técnicas policiales más utilizadas para resguardar la escena del crimen es el acordonamiento, el cual consiste en la formación de anillos periféricos, mediante la utilización de cintas, personas u otros medios idóneos para delimitar en debida forma el lugar de los hechos. La labor de fijación se puede llevar a cabo a través de varias técnicas, propias de los métodos de investigación criminal, y que para los fines del presente estudio basta con citar.

En este sentido dispone el artículo 9 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial:

“El Organismo dejará constancia de las cosas, hechos o circunstancias de interés en la investigación, por medio de memorias, informes, diseños y cualesquiera otros medios científicos, tales como fotografías, fotocopias, cintas magnetofónicas, diagramas, planos, etcétera.”²⁶⁶

²⁶⁶ Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, art. 9.

Luego de ubicada la evidencia se procede a su enumeración en el lugar de los hechos, se describe detalladamente, incluso mediante el levantamiento de croquis y se procede a su fotografiado o grabación mediante video, también se pueden levantar planos y actas. Todo ello le permitirá al juez tener un panorama amplio, pero a su vez preciso de la escena del crimen, podrá destacar los detalles que van señalando los testigos en sus deposiciones, confrontar sus relatos, o bien, tenerlos por acreditados, en fin, le permitirá tener un sustento más objetivo para fundamentar su sentencia, esto por cuanto es muy probable que el juez no haya estado presente en la escena del crimen.

Es de suponer que la toma de fotografías, el levantamiento de croquis o la filmación, sean llevados a cabo por expertos, ya sea que éstos formen parte de la policía judicial, o se trate de auxiliares llevados a la escena del crimen por la autoridad competente.

En caso contrario, podría ser cuestionada la evidencia por violación a la cadena de custodia, en virtud de haber tenido participación en la misma, un sujeto sin las capacidades técnicas requeridas.

Piénsese de esta forma, en el caso hipotético de que un croquis haya sido levantado por un miembro de la policía administrativa. En este caso el defensor podría cuestionar la ubicación del arma respecto a la víctima, o la ubicación de la prenda, la carta, el mueble, etc., y su argumento base sería una violación a la

cadena de custodia de la prueba en la etapa de fijación de la evidencia, por falta de capacidades técnicas en el sujeto que desarrolló el medio probatorio.²⁶⁷

En este caso en concreto el defensor le estaría indicado al juez en forma precisa la etapa procesal en que se violó la cadena de custodia de la prueba y en qué consistió tal violación, requisitos éstos que han sido exigidos por nuestros tribunales de justicia en materia de casación penal y que denota una vez más la importancia de conocer a fondo los pasos que implican la cadena de custodia de la evidencia física.²⁶⁸ Veamos:

1. Le estaría indicando al juez la violación constitucional (violación al debido proceso por irrespeto de la cadena de custodia de la prueba).
2. A su vez, le indicaría la etapa procesal que se alteró (momento de fijación de la evidencia).
3. Finalmente le indicaría en qué consistió la violación (levantamiento de croquis por una persona sin capacidades técnicas para ello)

Con estos pasos, el estudio de admisibilidad que se hace del recurso, determinaría que es posible entrar a considerar la afectación constitucional

²⁶⁷ “Una persona no competente para manipular la prueba o alguien que, estando autorizado para intervenir en su manejo, lo hace indebidamente podría eventualmente alterar la pureza de la misma, y, por ende, constituir un argumento técnico más que la defensa del imputado podría alegar a favor de su representado con el afán de cuestionar la legalidad o la credibilidad indispensables sobre alguna prueba específica.” CAMPOS CALDERÓN (Federico), *op.cit.*, p. 102.

²⁶⁸ Véase entre otras: Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 842 de las 8 hr. 45 m. del 4 de setiembre de 1998 y Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 672 de las 9hr. 10m. del 8 de noviembre de 1996.

alegada, dando paso al análisis relativo a la magnitud de la violación y al tipo de prueba sobre la cual recae, supuestos que serán desarrollados de nuestra parte con posterioridad.

Ahora bien, en lo que respecta al proceso de búsqueda de la evidencia, Vélez Mariconde nos dice: *“Debemos ser extremadamente cautos y metódico en la búsqueda de los demás objetos, manchas y vestigios en general, que por una u otra causa pueden proporcionarnos una pista ,y, no obstante que en el primer momento no les veamos relación alguna con el delito, debemos reseñarlos y llevarlos al laboratorio, pues más vale poseer muchos, aunque posteriormente pueda resultarnos inútil, y no tener que lamentar el no haber recogido algo que omitimos y que luego habría sido la verdadera prueba si lo hubiéramos hecho.”*²⁶⁹

A fin de realizar la búsqueda de la evidencia, debe llevarse a cabo por parte de la autoridad competente junto con sus auxiliares, un ingreso preliminar al lugar de los hechos, con el objetivo de establecer cuales serán las acciones a seguir para el procesamiento de la escena del crimen.

Para este primer ingreso, de una vez se trata de fijar un camino que se seguirá cada vez que se ingrese al lugar, para evitar destrozarse elementos de prueba que quedaron en los lugares donde estuvo el autor o partícipes del delito.

²⁶⁹ VÉLEZ ÁNGEL (Ángel), op.cit., p. 109

Una vez que concluye este primer ingreso, y siguiendo a Constain Medina, debe proceder el investigador a tomar cuenta de todos los objetos que a su juicio puedan ser de interés para los fines de la investigación y con los cuales deban entenderse los expertos, tales como el polvo o barro encontrados en la habitación, artículos de limadura de metal, cabellos, papeles sucios, manchas sobre telas, astillas de vidrio, cerillas apagadas y en fin, cuanto al parecer no tenga importancia si se considera aisladamente pero que los peritos bioquímicos, mediante los análisis y comparación correspondientes, puedan aducir como firmes eslabones en la cadena de indicios necesarios, ya que los elementos nombrados y otros similares encontrados en el lugar del delito, o en los caminos de acceso, puede ser de gran utilidad para esclarecer los extremos de la imputación delictiva.²⁷⁰

En el proceso de hallazgo de la evidencia, debe tomarse muy en cuenta el tipo de delito que se está investigando, pues en cada delito los elementos a buscar dependerán directamente de la naturaleza del hecho. Así por ejemplo, en un delito de homicidio culposo con fuga, es normal que los elementos por buscar sean partículas de pintura, piezas del vehículo que hayan quedado en el lugar, marcas de llantas en el piso, etc., es decir, generalmente se parte de residuos pequeños en los que se pueda encontrar alguna pista acerca de la identidad del autor. Por el contrario, en un delito contra la propiedad, generalmente se buscan huellas

²⁷⁰ CONSTAIN MEDINA (Manuel), CONSTAIN CHÁVES (Alberto), op. cit., p.126.

latentes, marcas de instrumentos empleados en el hecho para determinar el tipo y clase del mismo. En un delito económico, lo que suele buscarse es documentación. Es decir, cada sitio dependerá exclusivamente del delito a investigar y así se determinarán los objetos a buscar dentro del mismo, que ayuden a individualizar al responsable del crimen.

C. Extracción y manejo evitado de contaminación

1. En la escena del crimen

Luego de que la evidencia ha sido debidamente ubicada y fijada en la escena del crimen, se inicia una de las etapas de mayor cuidado en cuanto al manejo de la evidencia física, la cual corresponde a su extracción.

La extracción de la evidencia presupone en forma concreta su manipulación, la cual puede ser definida como aquellas movilizaciones que sufren los indicios incautados dentro de la escena del crimen, que pueden acarrear su alteración, contaminación o sustitución, o bien, su debido procesamiento, ya sea para su observación, revisión, registro, embalaje y transporte.

La manipulación que haga la policía judicial para extraer la evidencia, debe efectuarse con sumo cuidado, ya que un mal manejo puede llevar a la destrucción o alteración del dato probatorio, que quizás sea crucial para la resolución del

caso.²⁷¹ Podría darse una manipulación de la evidencia que en forma consciente la altere, este es el caso de lo que podríamos llamar contaminación legítima de la evidencia y se da cuando intervienen los cuerpos socorristas como la Cruz Roja o los Bomberos.

En este caso, es muy probable que los elementos probatorios se van alterados o contaminados, lo cual no impide su extracción, embalaje, transporte y análisis. Lo que se debe hacer, es tratar de desarrollar otros medios de prueba que permitan confirmar el significado potencial que se desprendía de la evidencia que ha sido contaminada, con lo cual, lo recomendable es tomarles declaración a los socorristas que han intervenido, entrevistándolos acerca de la forma en que se encontraba el sitio al momento de su llegada, y sobre todo, acerca de las distintas manipulaciones que efectuaron en la escena. Se debe dejar muy claro cuáles fueron los objetos que movieron o tocaron, y de ser necesario, tomárseles sus huellas digitales para descartarlas posteriormente con las que se extraigan del lugar de los hechos.

Este tipo de evidencia que ha sufrido alteraciones por razones de emergencia o necesidad, puede ser presentada a los laboratorios o al debate como prueba susceptible de ser valorada, haciéndole ver a los demás sujetos procesales la

²⁷¹ “En esta fase, adquiere relevancia la capacitación y los conocimientos técnicos de la persona encargada de extraer o levantar los elementos indiciarios, ya que de la destreza y cuidado con que se actúe dependen las posibilidades de alteración de los mismos.” CAMPOS CALDERÓN (Federico), *op.cit.*, p. 93.

eventual contaminación que ha sufrido, pero únicamente servirá para fundamentar la sentencia en tanto sea precisa y concordante con otros medios de prueba que no hayan sufrido alteración o sustitución alguna, siendo que corresponde a la defensa desvirtuar su grado de vinculación con los extremos de la imputación penal.

a) Autorización del órgano competente

Como bien lo reconoce Campos Calderón, la policía judicial, bajo la supervisión del Ministerio Público, es el ente encargado del procesamiento material y técnico – científico de la escena del crimen. Su labor consiste específicamente en la búsqueda y la conservación de los elementos de interés probatorio. Junto a este órgano técnico, la participación de los fiscales del Ministerio Público en el lugar de los hechos, consiste en controlar la legalidad de los procedimientos técnicos utilizados por la policía judicial, en la recabación y manipulación de la evidencia, pero esto no significa que tengan a su cargo el levantamiento material de los mismos, que corresponde a la policía judicial.²⁷²

Para proceder a la manipulación de la evidencia, la policía judicial o los peritos que pretendan participar en el procesamiento de la escena del crimen, requieren de la autorización del órgano competente.

²⁷² CAMPOS CALDERÓN (Federico), op.cit., p.84

En efecto, hemos indicado que en la escena del crimen la autoridad competente es el juez del procedimiento preparatorio o bien el fiscal, y que la policía judicial funge como auxiliar de dichas autoridades para el debido procesamiento técnico de la evidencia, limitándose sus funciones a la custodia del cuerpo o los rastros del delito hasta tanto no recibir instrucciones de tales autoridades.

La presencia del juez o del fiscal, dependerá básicamente de dos factores: por un lado, si estamos en presencia de un acto definitivo e irreproducible, y por el otro, si hay afectación de derechos fundamentales.

En ambos casos la presencia del juez será indispensable para la validez de las actuaciones, si es que los resultados de la diligencia quieren ser presentados en forma directa como prueba dentro del debate, caso contrario, bastará con la presencia del fiscal. Es en este sentido que el artículo 293 del Código Procesal Penal dispone:

“Cuando sea necesaria la práctica de un acto definitivo e irreproducible, que afecte derechos fundamentales, o deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá recibirse durante el juicio o, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que la realice o reciba.

El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir, con todas las facultades y obligaciones previstas por este Código.”²⁷³

Tal diferenciación resulta muy importante para el punto en estudio, dado que la autorización que requiere la policía judicial para proceder a la manipulación de la evidencia, dependerá de si la escena del crimen es considerada un acto definitivo e irreproducible en el que puede haber violación de derechos fundamentales.

Lo anterior debe ser complementado con lo dispuesto por el artículo 277 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que al tribunal del procedimiento preparatorio le corresponde realizar actos de orden jurisdiccional como lo son los anticipos jurisdiccionales de prueba, el resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en el Código de rito, más no le asisten facultades de investigación, dado que éstas le han sido atribuidas en forma específica al fiscal. En este sentido dispone el artículo 277 en la parte que interesa:

²⁷³ Código Procesal Penal, art. 293.

“Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación.”²⁷⁴

Al respecto el profesor Hidalgo ²⁷⁵ considera que por lo general la escena del crimen es un acto definitivo e irreproducible, por lo que se requeriría la presencia del juez, mismo que estaría llamado a otorgar la autorización necesaria para proceder a la manipulación de la evidencia.

Consideramos correcta tal apreciación, al menos en lo que atañe al tema de la cadena de custodia de la evidencia, dado que la ubicación, fijación, extracción, embalaje y traslado del indicio material, es un hecho que sólo se da en una oportunidad durante el desarrollo de la investigación criminal y cuyas repercusiones en el dictado de la sentencia pueden ser muy influyentes.

De igual modo, si consideramos la cadena de custodia como un requerimiento procesal que forma parte de la garantía del debido proceso, podríamos argumentar que, al menos en esta primera etapa preprocesal, la eventualidad en la lesión de derechos fundamentales hace necesaria la presencia del juez.

²⁷⁴ Código Procesal Penal, art. 277.

²⁷⁵ HIDALGO MURILLO (José D.), op. cit., p. 285..

b) Respeto a las formalidades

Al estudiar los distintos medios de prueba, se ha determinado que, para cada uno de ellos, la ley procesal vigente prevé una serie de formalidades necesarias para otorgarles validez .

Tales formalidades se desprenden de la filosofía garantista que inspira el nuevo Código Procesal Penal, por lo que no son meros requisitos impuestos por el legislador, sino que, cada uno de ellos tiene su razón de ser en pro de resguardar los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

De esta forma, para la inspección y registro del lugar del hecho se establece la obligación de levantar un acta que describa, detalladamente, el estado de las cosas y las personas que se hallaban en la escena del crimen (artículo 186), en la requisa es necesaria la presencia de un testigo al hacerle a la persona la advertencia acerca de la sospecha de que oculta efectos del delito entre sus ropas, así como de las características del objeto buscado, siendo necesaria la firma de dicho testigo en el acta respectiva que se levante en caso de hallar algún indicio material (artículo 189), para el registro de vehículos se exigen las mismas formalidades que para la requisa (artículo 190), en el levantamiento e identificación de cadáveres es necesaria la presencia del juez (artículo 191), en el allanamiento de morada es necesaria la presencia del juez con la orden judicial respectiva, además del levantamiento del acta de rigor (artículos 193,195,196) y

para el secuestro son aplicables las formalidades previstas para el registro, además de la obligación de levantar un inventario detallado de los objetos secuestrados (artículo 199).

Todas estas formalidades son parte constitutiva de la cadena de custodia de la evidencia, dado que lo que tienden es a comprobar que los efectos presentados al debate como prueba, son los mismos que se hallaron en la escena del crimen y que tienen una vinculación directa o indirecta con los extremos de la imputación penal.

En otras palabras, éstas formalidades son medios comprobatorios que funcionan como garantía procesal para el imputado y que le aseguran a éste, que el actuar de los órganos encargados de ejercer la acción penal, se ha desarrollado en la forma más objetiva posible, como se lo exige la normativa procesal penal vigente, además del orden constitucional que la fundamenta.

Si no existiesen éstas formalidades, el juzgador no tendría una forma de fiscalizar el actuar de los órganos encargados de instruir el proceso y sería posible que se dieran arbitrariedades, en especial, en la labor adquisitiva de material probatorio, en la cual estos órganos tienen una participación protagónica, lo que iría en contradicción con la garantía del debido proceso, y en particular, con el principio de legalidad y formalidad de la prueba.

De esta forma, al momento de extraer el dato probatorio, resulta muy importante el respeto de las formalidades previstas para el medio de prueba que se esté desarrollando, lo cual nos hace suponer la presencia ineludible de un sujeto procesal con los conocimientos jurídicos que legitimen dicha actividad probatoria. Estos sujetos procesales a que hacemos referencia, son la autoridad competente en la escena del crimen, sea el fiscal o el juez del procedimiento preparatorio, más no la policía judicial, la cual únicamente podrá fungir como autoridad competente en casos de urgencia, cuando el juez o el fiscal no puedan llegar a tiempo y su demora puede frustrar los fines de la investigación.

Se considera errada la redacción de la primera parte del artículo 198 del Código Procesal Penal, ya que establece que el Ministerio Público, el juez y la policía podrán disponer que los objetos relacionados con el delito sean recogidos y conservados.

En primer lugar, el artículo hace referencia en forma genérica a “la policía”, sin especificar si se trata de la policía administrativa o judicial, lo cual genera un estado de incerteza para el imputado y un peligro para la integridad de la cadena de custodia de la evidencia, ya que se estaría permitiendo eventualmente, que los miembros de la policía preventiva sean los que ordenen la recolección de los indicios, sin contar éstos con los conocimientos técnicos y jurídicos necesarios para establecer la legitimidad del sujeto partícipe en la cadena de custodia.

Si se admite que la policía judicial sea la que ordene la recolección de los efectos del delito, se correría el peligro de que se violen las formalidades previstas para los distintos medios de prueba, dado que la policía judicial es un órgano técnico, para la investigación científica del crimen, pero no es un órgano que maneje los conocimientos jurídicos en la forma requerida para garantizar que se ha respetado la custodia del dato probatorio, por lo que su participación en ese sentido debe limitarse a los casos urgentes, como sí lo prevé la segunda parte del artículo 198 antes citado.

Además, no se debe dejar de lado el hecho de que la policía judicial o administrativa en muchos de los casos han preordenado en forma arbitraria la cadena de indicios que se desprende del lugar de los hechos, a fin de incriminar a una persona determinada, o bien, conducir el resultado de la investigación a una conclusión querida, lo cual sin duda alguna es una realidad latente que hace necesaria la presencia de un órgano fiscalizador en el momento de producción de la prueba.

El sujeto procesal legitimado para velar por el resguardo de las formalidades que prevé el Código Procesal Penal en el desarrollo de los distintos medios de prueba, es la autoridad competente en la escena del crimen, sea el juez o el fiscal.

c) Manipulación Técnica

Como se indicó, la extracción de la evidencia presupone su manipulación, la cual fue definida como aquellas movilizaciones que sufren los indicios incautados dentro de la escena del crimen, que pueden acarrear su alteración, contaminación o sustitución, o bien, su debido procesamiento, ya sea para su observación, revisión, registro, embalaje y transporte.

La manipulación que haga la policía judicial para extraer la evidencia, debe efectuarse con sumo cuidado, ya que un mal manejo puede llevar a la destrucción o alteración del dato probatorio, que quizás sea crucial para la resolución del caso. Se deben aplicar todas las técnicas de orden científico que sean necesarias para lograr su debida extracción, respetando en todo momento su integridad como prueba potencial.

Para ello se deben usar guantes de látex, tubos de ensayo, pinzas, cajas de cartón o de vidrio, etc., todo cuanto sea necesario para extraer la evidencia con el medio físico más adecuado. Para estos fines, es muy importante tomar en cuenta el tipo de objeto por recolectar, ya que no todos los objetos podrán ser manipulados de una forma normal. Así, es muy diferente la forma de proceder ante la recolección de muestras de sangre, que ante la identificación y sustracción de huellas digitales, o ante la recolección de un arma o un documento.

Esta manipulación técnica sí le corresponde a los miembros de la policía judicial, o a los auxiliares expertos que hayan acompañado a la autoridad competente, dado que la extracción de la evidencia presupone un cúmulo de conocimientos técnicos para lograr la debida integridad del dato probatorio. Labor que le es encomendada a la criminalística y que el juez o el fiscal, según se trate, deben respetar y no pretender figurar si no cuentan con los conocimientos requeridos.

Esto nos plantea la interrogante de ¿Quién debe dirigir la investigación en la escena del crimen? En tesis de principio la dirección en la escena del crimen le corresponde a la autoridad competente, de ahí que tanto la policía administrativa como la judicial requieran la orden de dicha autoridad para proceder a la manipulación de la evidencia. Sin embargo, tal dirección debe entenderse en función de los conocimientos jurídicos con que cuenta el juez o el fiscal, pero no en lo atinente a los aspectos técnicos necesarios para la correcta manipulación de la evidencia.

En la escena del crimen debe haber una dirección conjunta: por un lado el juez o el fiscal coordinado las formalidades que prevé el ordenamiento para garantizar la legalidad del medio de prueba de que se trate, y por el otro, la coordinación de un destacado de la policía judicial que defina la forma de manipular la evidencia desde el punto de vista técnico, siendo que, en última instancia, la decisión la tendrá la autoridad competente.

Otro de los aspectos que nos plantea la manipulación técnica de la evidencia en la escena del crimen, es su eventual contaminación. El término contaminación aquí está empleado en términos genéricos, y con él nos referimos a las alteraciones o sustituciones a que puede verse sometido el indicio material, debido a la acción intencionada del autor del delito o de uno de los partícipes, o bien, debido a una incorrecta manipulación técnica de la evidencia.

Alterar significa “*cambiar la esencia o forma de una cosa*”,²⁷⁶ verbigracia, mezclar tipos de sangre, modificar una firma en un documento, etc. La sustitución en cambio significa “*poner a una persona o cosa en lugar de otra*”²⁷⁷, por ejemplo, cambiar un arma por otra, sustituir el tipo de balas halladas en la escena del crimen, cambiar unas huellas dactilares por otras en una ventana de vidrio, etc. En ambos casos nos encontramos ante una contaminación de la evidencia que no permite extraer con la certeza requerida su verdadero significado.

Por lo general, el autor o los partícipes del delito, lo que pretenden es desaparecer o destruir la evidencia, aunque podrían contaminarla para tratar de confundir a la policía judicial en su labor de investigación criminal, no obstante, los supuestos de contaminación suelen darse en mayor parte debido a una mala manipulación técnica del dato probatorio.

²⁷⁶ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, op. cit., p. 115.

²⁷⁷ Ibid., p. 1925.

En efecto, ya sea por negligencia, imprudencia, impericia o incluso dolo, lo cierto es que suele darse que, tanto los miembros de la policía judicial, los funcionarios de los despachos, en el depósito de objetos o en los mismos laboratorios, se de un trato inapropiado de la evidencia que acarrea su contaminación.

Por ejemplo, ha ocurrido que se contamina la evidencia porque la policía judicial la coloca en un mismo recipiente, produciéndose roces que generan su alteración. En otras oportunidades se permite que los escribientes de los despachos consignen las razones de recibido de la evidencia sacándola de su recipiente y manipulándola, sin que a ésta se le hayan practica aún las pericias de rigor. También ha ocurrido que se intercambien entre evidencias colillas de identificación, por ejemplo entre armas, variando con ello, la causa y las partes que intervenían en el proceso, o sea, dándose una sustitución del dato probatorio.

d) Embalaje

Al proceder al embalaje de los indicios, debe tomarse muy en cuenta la forma en que se manipulan los objetos, a fin de no alterarlos o sustituir el significado que se desprende de los mismos. En razón de lo anterior, lo recomendable es que cada objeto sea aislado, tomándolo de aquella parte que se supone no fue tocado en el uso normal del mismo, es decir, bordes, aristas, etc.

Cuando ya se hayan recolectado los indicios, éstos deberán ser embalados de manera adecuada, de forma tal que no se vean expuestos a contaminaciones durante el traslado a los laboratorios o al despacho judicial.

*El embalaje "... tiene como fin primordial individualizar y garantizar la integridad sustancial del elementos probatorio, motivo por el cual debe ser de una calidad tal que evite su alteración o destrucción, ya sea por la manipulación natural de la cual es objeto, o bien, por las condiciones de temperatura y humedad que puedan afectar o alterar las cualidades esenciales del contenido. También el embalaje tiene como objetivo evitar que terceras personas puedan alterar o sustituir su contenido."*²⁷⁸

Cuando se trate de documentos que requieran un análisis posterior, su embalaje dependerá del tipo de análisis que se pretenda desarrollar, ya que no es igual que el documento sea remitido para un análisis grafoscópico, que si va a ser enviado al archivo criminal para un estudio de huellas latentes, por cuanto los procedimientos periciales, en ambos casos son diferentes. De esta forma, si se va a enviar al archivo criminal para la localización de huellas latentes, evidentemente deberá protegerse para que no se vea alterado con huellas nuevas, mientras que si se va a enviar a la sección de documentos dudosos, su manipulación requerirá

²⁷⁸ CAMPOS CALDERÓN (Federico), op.cit., p. 96.

una protección diferente, que resguarde ante todo el texto del documento y su contenido y no la superficie del papel.

En el caso de huellas digitales en otros objetos, lo recomendable es que sean extraídas en el sitio del suceso, a fin de evitar que al momento del traslado se contaminen por el choque de los bordes del objeto con los bordes del recipiente.

Para el caso de armas blancas o de fuego, lo recomendable es que se tomen por las partes donde normalmente no se manipulan, deben ser embaladas en forma individualizada, y en el caso de armas de fuego se debe indicar al momento de su etiquetado si ésta se encuentra cargada o no.²⁷⁹

En el caso de las huellas digitales, desde el momento en que éstas son halladas por medio de reactivos, se procede a su fijación en la cinta especial que se utiliza para tal fin, luego se coloca en un cartón donde se consignan los datos necesarios para la identificación posterior del titular de las mismas.

Tratándose de muestras de sangre o fluidos corporales la forma de embalaje puede variar, así, si el fluido corporal se encuentra aún en estado líquido, lo común es que se recolecte por medio de un algodón y se deposite en un recipiente de vidrio, pero si se trata de una mancha de sangre ya seca, lo

²⁷⁹ Se recomienda que las balas sean embaladas en recipientes que impidan su movimiento y consecuente roce con las paredes internas, dado que se podrían alterar las estrías que permitirían determinar el tipo de arma utilizada.

adecuado es extraer muestras de la misma y embalarlas en un recipiente que no sea de vidrio o de plástico, ya que con el sol, la evidencia puede variar de composición o estado material.

En correspondencia con las técnicas indicadas, la Fiscalía General de la República ha tratado de definir parámetros generales sobre la forma de embalar los distintos tipos de objetos, en este sentido ha indicado:

“Es importante recordar al momento de embalar:

a) Que los objetos no deben ser tocados directamente sino que deben usarse guantes, pinzas o cualquier otro objeto que evite ese contacto, con el fin de no contaminar las piezas.

b) Tratándose de piezas impregnadas de sangre u otros fluidos corporales, debe permitírseles primero secar a temperatura ambiente y no usar bolsas plásticas pues esto favorece y acelera la putrefacción. En este caso deben usarse bolsas de papel, sobres de manila o cajas.

*c) No utilizar el correo para enviar sustancias perecederas ni armas cargadas.”*²⁸⁰

Resulta relevante para el tema en estudio, el hecho de que este tipo de instrucciones tengan que ser dadas por la Fiscalía General de la República y no

²⁸⁰ Circular No. 19 del 6 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, p. 1.

por parte de los jefes del Organismo de Investigación Judicial, cuando debería ser todo lo contrario, ya que si se parte de que es la policía judicial en su carácter científico la que debe manipular el dato probatorio en la escena del crimen, lo propio sería que sea ella la que instruya la forma en que se debe embalar la evidencia, así como el trato que sus miembros le tienen que dar a los indicios en términos generales, para mantener la integridad de su significado.

El embalaje de la evidencia dependerá del objeto material frente al cual nos encontremos, por lo que presupone una gran habilidad en el técnico criminalístico encargado de dicha labor, siendo que, desde el punto de vista de la cadena de custodia, habrá ruptura de la misma, cuando se demuestre que en virtud de un incorrecto embalaje, no es posible determinar si el dato probatorio tiene relación con los extremos de la imputación penal. Además, se evidencia la falta de interés por parte de la policía judicial en este tema, al tener que ser la Fiscalía General de la República la que gire instrucciones al respecto; instrucciones que de todas suertes son destinadas a los fiscales y no directamente a los miembros del organismo de investigación judicial.

e) Identificación

La identificación de la evidencia da cabida a la participación del elemento subjetivo de la cadena de custodia. A través de esta etapa, el investigador encargado de la recolección del dato probatorio consigna en una etiqueta el

artículo recolectado, el caso al cual se refiere identificado luego mediante el número único de la causa, el ofendido, el presunto culpable, el lugar donde se localizó, la fecha y la hora y el nombre del investigador.²⁸¹

La exigencia de identificación ha sido requerida incluso por la Fiscalía General de la República, indicando lo siguiente: *“Cuándo se reciban objetos provenientes de la policía administrativa, de la víctima, o de cualquier otra persona habrá de individualizársele mediante el uso del adhesivo correspondiente de “cadena de custodia”, anotándose todos los datos pertinentes.”*²⁸²

Un ejemplo de las etiquetas empleadas por la Policía Judicial es el siguiente:

ARTICULO:	Nº	EVIDENCIA ORGANISMO INVESTIGACION JUDICIAL
CASO:		
OFENDIDO:		
IMPUTADO:		
DONDE SE LOCALIZO:		
FECHA Y HORA:		
INVESTIGADOR:		

²⁸¹ “La importancia del etiquetado radica en la necesidad que surge de identificar el material probatorio. La información contenida en el etiquetado individualiza la evidencia y su origen, reduciendo el riesgo de que la misma se confunda con pruebas de otros procesos.” CAMPOS CALDERÓN (Federico), *op.cit.*, p. 97

²⁸² Circular No. 19 del 6 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, p. 1.

Lo ideal es que la etiqueta funja como sello de seguridad, y que la misma sea sustituida únicamente al momento de procesar la evidencia en el laboratorio. En los demás estadios procesales, en que discurre la evidencia de un despacho judicial a otro, el sello originario no debe ser sustituido, sino que se debe indicar en el mismo, o en adicionales, el nombre del funcionario judicial que hace entrega del dato probatorio y el nombre de la persona que lo recibe, con indicación a su vez, de los despachos intervinientes, junto con la fecha y hora respectiva.

Una crítica que surge para este tipo de etiquetas, es que únicamente contiene espacio para indicar el nombre del objeto de que se trata, pero no para describirlo, como por ejemplo para indicar su número de serie, lo cual resulta a todas luces necesario para lograr su debida individualización respecto a las demás evidencias.

Es recomendable que la etiqueta de identificación se encuentre adherida firmemente al recipiente de embalaje, de tal manera que si se trata de desprender, no haya más remedio que romperla, de igual forma se debe proceder con las etiquetas adicionales que se agreguen para ir consignado la cadena de actuaciones.

La necesidad de que la etiqueta de identificación se encuentre adherida de manera firme al envoltorio, parte de dos razones de orden lógico: primero, porque de no ser así, cualquier persona podría sustituir la etiqueta, consignando datos falsos en una nueva, o simplemente eliminándola; segundo, porque de admitirse

que la etiqueta de identificación vaya adherida a la evidencia de forma fácilmente desprendible, ésta podría confundirse con la de otra similar. En ambos casos hay una evidente contaminación del elemento probatorio, en un caso por alteración y en el otro por sustitución, ya que no es necesario que el indicio material se altere o modifique en su sustancia, sino que basta con que la contaminación se dé en el elemento de identificación. De nada serviría que la evidencia se encuentre íntegra si no se tiene certeza del lugar donde fue hallada, o de la autoridad que la recolectó, o si tiene relación con esa causa y no con otra.

De esta forma, y a manera de ejemplo, la labor de un escribiente de un despacho judicial al momento de recibir evidencia física, debe limitarse a la verificación de la integridad de los sellos originarios y no a la manipulación del indicio para consignar, con la mayor exactitud posible, la razón de recibido de rigor; esto por cuanto el escribiente no tiene las capacidades técnicas para manipular adecuadamente el dato probatorio y, aunque ya se haya hecho un peritaje a partir de esa evidencia, nada impide que las partes impugnen dicho expertaje y sea necesario realizar otro.

La importancia que reviste la debida identificación del dato probatorio hallado en la escena del crimen, ha hecho que se constituya como exigencia a nivel legal, y en este sentido el artículo 9 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial dispone en la parte que interesa lo siguiente:

“Los elementos de prueba así obtenidos deberán ser individualizados y asegurados, para efectos de garantizar la veracidad de lo que hacen constar, por medio de una razón que indique lugar, día, hora y circunstancias en que se obtuvieron, firmada por el funcionario o funcionarios responsables de su obtención, y debidamente sellada. En casos especiales serán, además, asegurados con lacre.”²⁸³

f) Transporte

Luego de embalada e identificada la totalidad de la evidencia, ésta deberá ser colocada en un sitio determinado del suceso, lugar en el que un oficial se encargará de hacer un inventario de los envoltorios que serán transportados.

Por lo general el transporte de la evidencia de un lugar a otro es realizado por los mismos oficiales que realizaron la recolección del elementos probatorio, y para ello utilizan el mismo medio de transporte en que se trasladaron al lugar de los hechos. De esta forma, la cadena de custodia de la evidencia, durante la etapa de transporte, le corresponde en la mayoría de los casos en forma exclusiva a la policía judicial, salvo que la autoridad competente en la escena del crimen disponga otra cosa.

²⁸³ Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, art. 9.

Existen algunas excepciones en las cuales la autoridad competente que estuvo en la escena es quien hace personalmente el traslado de las evidencias al laboratorio, siendo este el caso por lo general de los delitos por infracción a la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

El medio de transporte y las condiciones del viaje deben tratar de desarrollarse en la forma en que mejor se adecue al tipo de evidencia que se transporta, por ejemplo, si se traslada un fluido corporal cuyo viaje va a durar no menos de seis horas, lo recomendable es que la evidencia no se vea expuesta al sol durante todo el viaje, ya que se corre el riesgo de que la muestra del fluido se evapore o se seque.

La policía judicial debe tener siempre muy presentes las indicaciones dadas por la autoridad competente, ya que es posible que el juez o el fiscal remita en forma inmediata la evidencia al laboratorio para su respectivo análisis por medio del cuerpo policial represivo. Bajo esta hipótesis, la autoridad judicial deberá llenar la fórmula en que solicita la pericia, con indicación de los análisis que quiere que se lleven a cabo, se la entregará al destacado de la policía judicial y éste deberá hacerla llegar lo antes posible al laboratorio respectivo. En caso de que sea necesario transportar la evidencia hasta el día siguiente por lo avanzado de la hora, se dejará constancia de ello en la etiqueta de actuaciones que se encuentra adherida a la evidencia con indicación de la autoridad encargada de su custodia.

El destino del transporte de la evidencia puede implicar la entrega del dato probatorio en tres lugares: puede ser remitida directamente a los laboratorios para su análisis respectivo, puede ser enviada al despacho de la autoridad competente, sea el del juez o el del fiscal y finalmente puede ser dirigida en forma temporal a las oficinas de la policía judicial. En los tres lugares se debe contar con un lugar adecuado para la debida custodia de la evidencia y de no ser así, deberá ser remitida al depósito de objetos.

De todo el proceso de transporte se debe dejar constancia en la boleta de actuaciones, de esta forma, al momento de cargar las evidencias al vehículo que las transportará, se debe indicar en la etiqueta el nombre de la persona encargada del transporte, quién está haciendo la entrega, el lugar, la fecha y la hora; posteriormente, esta misma persona debe consignar en la etiqueta el nombre de la persona que recibe la evidencia al momento de la entrega, debe volver a indicar su nombre en calidad de transmitente, el lugar, la fecha y la hora.

2. En sede policial

Gran parte de las funciones que realiza la Policía Judicial durante el desarrollo del proceso, se dan durante el estadio procesal que el nuevo Código denomina diligencias preliminares. Éstas consisten en aquellas indagaciones propias que realiza la Policía Judicial inmediatamente después de haber tenido noticia de la posible existencia de un delito.

“Se trata de una actividad típicamente de investigación cuyo fin consiste, según el artículo 283, del CPP en reunir o asegurar, con urgencia, los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos.”²⁸⁴

Este deber expreso impuesto por la norma, de reunir y asegurar con urgencia los elementos probatorios que puedan servir de base para sustentar la acusación, hace ver que la cadena de custodia de la prueba es una exigencia procesal que en primera instancia le corresponde a la policía judicial velar por su cabal cumplimiento.

Redondo Gutiérrez se refiere al respecto en los siguientes términos: *“Es indudable que la policía debe actuar celosamente en el cuidado de la cadena de custodia. Todo lo que es recolección o extracción, manipulación y traslado, empaque y conservación, entrega y cuidado, de objetos relacionados con el delito, requiere de manejo muy seguro y confiable. El éxito del proceso depende en gran medida de que la policía cumpla a cabalidad con la cadena de custodia. La jurisprudencia ha dicho que este deber incumbe a todos los que intervengan, de una u otra manera, en la sustanciación del proceso, aún desde su etapa primigenia o preprocesal”*.²⁸⁵

²⁸⁴ SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Laura), SOLÍS BRAVO (Ana Virginia), *op. cit.*, pp. 102,103.

²⁸⁵ REDONDO GUTIÉRREZ (Carlos Luis), *La policía Judicial, Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, p. 341.

El aseguramiento de las pruebas, que es la principal tarea de la policía administrativa o judicial cuando se hace presente en la escena del crimen, es aquel medio cuya práctica ocurre fuera del proceso, como diligencia previa a la eventual constitución de los extremos de la imputación delictiva, aunque su finalidad, generalmente es allegar los elementos probatorios posteriormente al juicio oral y público.

“Podemos manifestar que el aseguramiento de la prueba lo constituyen las medidas encaminadas a impedir que una prueba se desvirtúe o se pierda antes de llegar a la fase probatoria en el proceso; o que su práctica se haga imposible por otros motivos, logrando así obtenerlas, quien las solicita y práctica, para demostrar las circunstancias de los hechos que deben ser probados en el proceso.”²⁸⁶

Según Hidalgo Murillo, para lograr el aseguramiento de las pruebas, antes de la manipulación de la evidencia, se ha de constatar su hallazgo en un acta de inspección, determinándose la persona que la encontró. Dicha acta exige requisitos formales, tal como la hora y la fecha, los presentes y los ausentes, las circunstancias que rodean el hecho y debe ir firmada por el oficial a cargo de la investigación. Luego se toman fotografías panorámicas de la escena y, posteriormente, tomas cercanas de la evidencia y tomas que la circunscriban en

²⁸⁶ ZAMORANO (Abel), Aseguramiento de pruebas: Apuntamientos preliminares, en Revista Anuario de Derecho, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de Investigación Jurídica, año XX, No. 20, 1992, p. 359.

relación con la escena global. Las fotografías se toman con testigo métrico. A su vez se levanta un croquis de la escena ya que la fotografía no muestra las distancias exactas entre los objetos fotografiados y su relación con el cuerpo del delito.²⁸⁷

El levantamiento de las actas, durante el desarrollo de las etapas de aseguramiento, pero sobre todo de extracción del dato probatorio, es un requisito de vital importancia para la cadena de custodia de la prueba, dado que funge como garantía del adecuado desarrollo del medio de prueba de que se trate.

Como se ha indicado, el resultado de varios de los medios probatorios que regula el Código Procesal Penal debe hacerse constatar en un acta. El acta debe levantarse por el funcionario a cargo de la diligencia, se debe consignar en ella el lugar, la fecha y hora en que se llevó a cabo, y el detalle de los procedimientos desarrollados.

Según dispone el artículo 137 del Código Procesal Penal, la invalidez del acta no acarrea necesariamente la invalidez de la diligencia, ya que podrá acreditarse por otros elementos válidos del mismo acto o de otros conexos. Es por ello que para muchos medios probatorios se exige la presencia de testigos que den fe acerca de la actuación de la autoridad encargada.

²⁸⁷ HIDALGO MURILLO (José D.), op. cit., p. 287.

Ahora, si se parte de que el artículo 137 habla de acta en términos generales, sin hacer referencia a algunas en particular, lo prudente es que, para todo acto judicial en que se requiera el levantamiento de un acta, se acredite el desarrollo de la misma mediante testigos, y así subsanar cualquier vicio de la misma.

Es en este sentido que Gaspar afirma: *"Por lo tanto podemos decir que la experiencia nos ha enseñado que en todo procedimiento que se va realizar, especialmente cuando de secuestro se trata, la instrucción o el personal que realice la diligencia deben ser acompañados de dos testigos para evitarse problemas."*²⁸⁸

El secuestro, como principal medio probatorio para incautar evidencia y, por ende, principal fuente para el desarrollo de la cadena de custodia, es uno de los medio de prueba en que se exige la presencia de testigos.

*"Si los testigos del acta de secuestro expresan, al deponer judicialmente, que no han presenciado el secuestro y que solamente fueron invitados a concurrir a la comisaría, donde les mostraron los objetos, manifestándoles que eran los que fueron secuestrados, surgen fuertes dudas sobre la autenticidad y seriedad de la diligencia policial cuestionada y, en ese caso, ese elemento de prueba no puede ser esgrimido en contra del procesado..."*²⁸⁹

²⁸⁸ GASPAR (Gaspar), *op .cit.*, p. 53.

²⁸⁹ *ibid.*, p. 565

La importancia de mantener la validez del acta, estriba en que muchas de ellas pueden ser presentadas como prueba durante el debate, sin necesidad de tener que “reproducir” los resultados de la diligencia en el juicio oral y público.

Luego de que terminan las etapas de custodia preliminar y de fijación, inicia la etapa de recolección de la evidencia, la cual requiere la orden de la autoridad respectiva, el respeto de las formalidades que sean necesarias para el medio de prueba de que se trate y la correcta manipulación técnica.

La Fiscalía General de la República ha expresado que la fase de recolección de la evidencia puede ser desarrollada por iniciativa propia de la policía judicial, al efecto ha dicho:

“Los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación o los que sirvan de medios de prueba pueden ser secuestrados por la policía judicial por propia iniciativa durante los actos preliminares, y, bajo la dirección jurídica del fiscal, en la investigación preparatoria (Art.198 del C.P.P. y art. 5 de la L.O.O.I.J.)(...)La fijación, levantamiento, embalaje, etiquetado y transporte, de las evidencias recolectadas en el sitio del suceso, estará a cargo del Organismo de Investigación Judicial, sin perjuicio de la supervisión que pudiere ejercer el Fiscal en cada una de estas fases de la cadena de custodia. Las evidencias podrán mantenerse bajo el resguardo del Organismo de Investigación Judicial. Concluida la investigación preparatoria, se enviarán al Ministerio Público para su custodia, y

cuando fuere procedente, al Depósito de Objetos correspondiente.”²⁹⁰

Las directrices emanadas por la Fiscalía General de la República nos llevan nuevamente a la discusión de quién es la autoridad competente en la escena del crimen. Según se ha expuesto, la dirección en la escena de los hechos es una dirección conjunta, los aspectos técnicos a cargo de la policía judicial y los de índole legal a cargo de la autoridad competente (fiscal o juez del procedimiento preparatorio), pero en última instancia, la decisión le corresponde a estos últimos.

También se indicó que la policía judicial puede proceder a la extracción del dato probatorio únicamente cuando cuente con la autorización del juez o del fiscal, o bien, en casos de suma urgencia, en los que el retraso de dichas autoridades puede acarrear la pérdida o alteración de la evidencia.

No obstante, para la Fiscalía General, según se desprende de sus directrices, la policía judicial cuenta con las más amplias facultades para manipular y disponer mutuo propio el procesamiento de la evidencia física, lo cual a nuestra criterio contraviene la normativa del Código Procesal Penal por las razones ya expuestas, y además obvia las verdaderas funciones del organismo de investigación judicial, como auxiliar del Ministerio Público y no como encargado en forma conjunta de ejercer la acción penal.

²⁹⁰ Circular No. 17 del 6 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, p.4.

Incluso, en lo que respecta a la cadena de custodia de la evidencia, según la interpretación que hace la Fiscalía General, la policía judicial es la encargada de velar por el cumplimiento de cada una de las etapas de la misma, en esta primera fase preprocesal "...sin perjuicio de la supervisión que pudiere ejercer el Fiscal en cada una de estas fases de la cadena de custodia", o sea, que la intervención del Fiscal en el resguardo de la cadena de custodia es optativa, lo cual no es cierto, sino que, todo lo contrario, el encargado de velar por el resguardo de la evidencia es en última instancia el juez o el fiscal, quienes deberán disponer por ejemplo, en qué lugar debe resguardarse la evidencia, o si ésta debe ser enviada a los laboratorios para el desarrollo de una pericia.

La interpretación hecha por la Fiscalía General, en cuanto a los alcances de las facultades que revisten a la policía judicial, ha generado que una gran cantidad de las violaciones a la cadena de custodia se den en esta etapa preprocesal y en virtud de un exceso en las potestades con que contaban los miembros del organismo de investigación judicial.

Dicha interpretación la fundamenta la Fiscalía General a partir de la lectura del artículo 198 párrafo primero del Código Procesal Penal y del artículo 5 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. En cuanto a la interpretación del artículo 198 del Código de rito, remitimos a las consideraciones ya

expuestas.²⁹¹ En lo que atañe al artículo 5 de la ley, el mismo dispone:

“Inmediatamente después que el Organismo tenga noticia de la comisión de un delito se trasladará sin demora alguna, al lugar del suceso, y dará aviso a la autoridad judicial competente; recogerá los objetos, armas e instrumentos que hubieren servido o estuvieren preparados para la comisión del hecho y cualesquiera otros que puedan servir para la investigación; y realizará todas las demás diligencias procedentes que fueren necesarias para hacer efectivo su cometido.”²⁹²

Si bien dicho numeral menciona la posibilidad de que la policía judicial recoja los elementos probatorio, nótese que lo hace luego de indicar que se debe dar aviso a la autoridad competente, con lo cual, la facultad de recolección que le asiste a la policía represiva, es de pensar que se desarrolle una vez que llega el fiscal o el juez, ya que para eso se le avisa acerca de la comisión del delito ¿Qué función tendría el aviso al juez o al fiscal de que se ha cometido un ilícito penal, si no tiene nada que llegar hacer en la escena del crimen?

Por estas razones, la policía judicial, si bien está facultada para recolectar la evidencia, y de hecho eso es lo más recomendable para los fines de la investigación; lo cierto es que debe hacerlo una vez que obtenga la autorización

²⁹¹ Véase, supra., Título segundo, Capítulo primero, Sección II, Sub-aparte C, Respeto a las formalidades.

²⁹² Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, art. 5.

respectiva del juez o el fiscal, y no por iniciativa propia, como lo indica la Fiscalía General, salvo en casos de suma urgencia, en los que el retraso pueda afectar los fines de la investigación, conforme lo faculta el artículo 198 in fine del Código Procesal Penal.

Para la Sala Tercera de la Corte, ²⁹³ hay cuatro fases básicas en sede policial, en las que debe garantizarse la autenticidad del elemento o material a utilizar como prueba, a saber:

- El momento de la extracción o recolección de la prueba;
- El momento de la preservación y empaque;
- La fase del transporte o traslado; y,
- La entrega apropiada de la misma.

Dichas etapas, según lo indica la Sala, deben complementarse con la necesidad de garantizar la autenticidad durante el momento del análisis de los elementos de prueba, y finalmente el problema de la custodia y preservación definitiva hasta la finalización del juicio, ya sea de la totalidad o de una muestra, según el caso y la naturaleza de la prueba; no obstante estas dos últimas fases no le competen a la policía judicial, ya que su participación en la cadena de custodia termina con la entrega apropiada de la evidencia a la autoridad que haya

²⁹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 368 de las 8:55 hr. del 14 de agosto de 1992.

dispuesto el juez o el fiscal en la escena del crimen, que como hemos visto, puede ser el laboratorio o el despacho judicial de cualquiera de estas dos autoridades.

3. En sede jurisdiccional

La Sala Tercera ha dicho que el deber de custodiar la evidencia va dirigido a todos los funcionarios que intervienen en las diferentes fases y etapas del proceso, no sólo a los policías, pues los objetos y las muestras o elementos de prueba son manipulados también por conserjes, escribientes y secretarios de los despachos judiciales; por los jueces, defensores y fiscales; por auxiliares administrativos de transportes; por funcionarios auxiliares del Departamento de Medicina Legal y Laboratorio Forense; por los técnicos, médicos, microbiólogos, químicos y demás peritos profesionales, entre muchos otros.²⁹⁴

Por esta razón, en forma alguna se podría concebir que la cadena de custodia de la evidencia termine con la entrega apropiada que haga la policía judicial del dato probatorio, luego de que se extrae de la escena del crimen, sino que en ese momento concluye la cadena de custodia en su estadio preprocesal, pero da inicio la etapa jurisdiccional de la cadena de custodia, ya que en el momento en que ingresa el indicio material al desarrollo del proceso, discurre de un despacho

²⁹⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 368 de las 8:55 hr. del 14 de agosto de 1992.

judicial a otro en forma constante y es sometida a manipulación por muchos intervinientes.

a) Manejo de la evidencia por parte del Ministerio Público

El Código Procesal Penal le confiere amplias facultades al Ministerio Público en cuanto al manejo de la evidencia. De esta forma el artículo 290 dispone:

“El Ministerio Público practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional.

Podrá exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, quienes están obligados a colaborar con la investigación, según sus respectivas competencias y a cumplir las solicitudes o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley.

Además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios de prueba en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.”²⁹⁵

²⁹⁵ Código Procesal Penal, art. 290.

En el mismo sentido el artículo 291 establece que el Ministerio Público podrá llevar a cabo todas aquellas diligencias que permitan asegurar los elementos de prueba necesarios para determinar los extremos de la imputación penal.²⁹⁶

Estas amplias facultades permiten calificar al Ministerio Público como autoridad competente en la escena del crimen, con todas las funciones ya indicadas; que actuará en aquellos casos en los que no hayan de practicarse actos definitivos o irreproductibles, o en los que pueda haber afectación de derechos fundamentales, todo lo anterior en correspondencia al principio de investigación judicial autónoma que reviste a dicha autoridad.

Por lo general, la evidencia es entregada al despacho del fiscal, para que sea éste quien ordene las pericias correspondientes, para que custodie la evidencia por sí mismo hasta ser remitida al juez del procedimiento intermedio o para que ordene su traslado al depósito de objetos.

En cuanto al depósito de objetos, la Fiscalía General de la República ²⁹⁷ se ha mostrado bastante explícita respecto a los requisitos que deben cumplirse para remitir evidencias. En este caso, debe hacerse la remisión mediante la fórmula "Inventario de Objetos Decomisados" (F23). Esta debe venir sellada y firmada por el Jefe del despacho, debe incluirse el detalle de todos los bienes enviados a

²⁹⁶ Código Procesal Penal, art. 291.

²⁹⁷ Véase Circular No. 16 del 15 de junio del 2000, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión.

dicha oficina e ir acompañada de dos copias. Sólo se entregan bienes según lo recibido en esa F.23, no con base en las actas de decomiso.

Cuando la sumaria tiene artículos, cada uno de éstos debe anotarse en líneas separadas. Si los artículos quedan a la orden de otro despacho, se debe anotar la fecha en que pasaron el expediente. (Sesión Ordinaria de Corte Plena del 23 de agosto de 1993, Art. CXI)

Si se envían armas de fuego, no hay que incluirlas con otros artículos, aunque sean de la misma sumaria y cada arma en una F23. No se reciben armas prohibidas por disposición del artículo 25 de la Ley de Armas, éstas deben remitirse en depósito al Arsenal Nacional según lo prevé el artículo 83 del mismo cuerpo legal. Las joyas deben remitirse al Depósito con el peritaje hecho y en una F23 independiente por causa. (Acuerdo del Consejo Superior del 16-7-98, Art. XXVII).²⁹⁸

Al hacerse la remisión del objeto hay que indicar el estado en que se encuentra la causa, y anotar el número único de la misma. Sólo se reciben

²⁹⁸ "Cuando el despacho judicial envíe al Depósito de Objetos artículos decomisados de alto valor tales como alhajas, relojes, joyería en general, deberá llenar un formulario F-23 independiente, donde se indique sólo ese tipo de artículos, tal como se lleva a cabo en el caso del envío de armas. Lo anterior con el objeto de llevar un archivo separado de este tipo de bienes, para un mejor control, custodia y localización de éstos, cuando sea pertinente. Previo al envío de estas joyas al Depósito de Objetos, deberá ordenarse una valoración por parte de un perito, de las citadas piezas, con el fin de determinar si se trata de artículos de oro y su valor real al momento de la valoración." Circular No. 20 del 27 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión.

artículos con cita previa, salvo casos calificados, pero deben coordinarse con el Depósito. Los dineros en efectivo (excepto los billetes o monedas de colección) deben depositarse en la cuenta corriente del Depósito de Objetos y enviar la boleta del Banco con una F23 al depósito.

“Cuando se reciban dineros decomisados en causas referentes a Infracción de la Ley N° 7786 de 15 de mayo de 1998, sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado y Actividades Conexas, la Autoridad Judicial deberá ordenar el envío para depositar dichos dineros en la cuenta del Centro Nacional de Prevención contra Drogas, tal como lo indica el artículo 83 de la referida Ley, de manera que dicho Organo pueda usar los intereses que generen dichas sumas para el cumplimiento de sus fines.”²⁹⁹

No se reciben artículos perecederos (Sesión de Corte Plena del 07 de noviembre de 1988, artículo XLIX y Manual de Procedimientos).

Las mercaderías provenientes de Contrabandos y Defraudaciones, deben depositarse en la Aduana a la orden de la autoridad competente.(Arts,142 y 156 del CAUCA. Sesión Corte Plena del 15 de noviembre de 1993, Art. LVI, además por el reducido espacio con el que se cuenta).

²⁹⁹ Circular No. 20 del 27 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión.

No se reciben bienes decomisados por Infracción a la Ley de Psicotrópicos, éstos deben de darse en depósito Judicial al CENADRO. Tampoco se reciben drogas.

No se reciben evidencias de procesos terminados (a excepción de armas blancas y de fuego), esto en casos donde se decrete la confiscación o comiso de los bienes o cuando transcurran más de tres meses de terminado el proceso sin que el interesado haya hecho gestión para retirarlos. De esos bienes, los que sean aptos para donación, deben donarse en el mismo lugar a dependencias del Estado (Escuelas o Colegios) mediante la autorización del Proveedor Judicial, de conformidad con los artículos I y II de la Ley N° 6106 del 07 de noviembre de 1977 y el artículo VII de su reglamento. Los bienes no aptos para ser donados, deben de destruirse en el lugar con la presencia de un funcionario del Tribunal de la Inspección Judicial, tal y como lo establece los acuerdos de Corte Plena del 16 de diciembre de 1985, arts.LXV, inciso7:y del 23 de agosto de 1993, art.CXL inciso 23.

Si el expediente fuere trasladado a otro despacho, debe de informarse al Depósito de Objetos para dejarlo a cargo de ese otro despacho. Lo mismo al quedar firme un fallo definitivo que concluye la causa, también debe de informarse al Depósito e indicarse claramente qué hacer con los bienes: Donarlos o Destruirlos (Ley de Donaciones N° 6106), entregarlos al IMAS o a la Aduana(Ley de Donaciones, Ley General de Aduanas y Código Fiscal: contrabando), al Museo

Nacional (Ley de Patrimonio Cultural) al CENADRO (Ley de Psicotrópicos) al MINAE Ley de Conservación de Vida Silvestre art. 123, al SINAC- Sistema Nacional de Áreas de Conservación (Ley Forestal art. 58), al Departamento de Armas y Explosivos (Ley de Armas arts. 83,84 y 99), al Servicio Fitosanitario del Estado (Ley de Protección Fitosanitaria N° 7664, arts.35 y 37), destruirlos (Ley de Derechos de Autor), (Acuerdos de Corte Plena del 23 de agosto de 1993, artículo CXI, inciso 15 y 16).

El actual Código Procesal Penal, le exige al Ministerio Público un deber de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la acción penal, para lo cual debe tratar de averiguar la verdad real mediante el desarrollo de medios de prueba no prohibidos y cumpliendo estrictamente con las formalidades de ley. En este sentido, es deber del fiscal velar por el respeto de la cadena de custodia, máxime cuando la misma se encuentra bajo su poder en el mismo despacho judicial.

Por esta razón y partiendo del deber de objetividad del Ministerio Público, si el fiscal se da cuenta de que hubo una violación a la cadena de custodia, debe hacerlo ver a los demás sujetos procesales y de ser posible, proceder al saneamiento del vicio. De no ser así, no debe tomar en cuenta dicha evidencia para fundamentar su acusación, o en caso de hacerlo, debe indicar que en lo que respecta a dicha evidencia, ocurrió una ruptura de la cadena de custodia.

Cuando la evidencia se encuentra en manos del fiscal, debe resguardarla en un lugar seguro, debidamente individualizada de las demás, y con un acceso restringido. No obstante, en virtud del derecho de defensa, debe tenerla a disposición de las partes, a fin de que éstas puedan efectuar su escrutinio y preparar sus alegatos.

Tanto al recibir la evidencia, al remitirla al laboratorio u otro despacho judicial, o bien, al permitir el escrutinio de las demás partes, debe llenar los datos necesarios en la etiqueta de actuaciones (autoridad remitente, autoridad receptora, nombre del funcionario receptor, hora y fecha), en el caso del escrutinio debe agregar una constancia de la diligencia al expediente.

Durante el tiempo en que la evidencia permanezca en su despacho, el fiscal debe instruir a sus dependientes acerca de la forma de manipulación de la misma, debiéndoles indicar que no pueden abrir su envoltorio, desprender su etiqueta de identificación o la etiqueta de actuaciones y que tanto al recibir como al remitir las evidencias a otra instancia judicial, deben velar porque se llenen los datos de la etiqueta de actuaciones, además de corroborar la integridad de los sellos.

Otro aspecto importante en cuanto al manejo de la evidencia por parte del Ministerio Público, es que el fiscal debe asegurarse de enviar la evidencia con todas las indicaciones necesarias para que el laboratorio pueda actuar, verbigracia, especificación adecuada de las pericias por realizar e indicación de si

la evidencia puede ser destruida o si es necesario guardar muestras o reproducciones.

Existen dos supuestos en los cuales el fiscal debe hacer remisión de la evidencia al tribunal del procedimiento intermedio. El primero de ellos es cuando el Ministerio Público considera que los elementos probatorios no son suficientes para fundamentar la acusación, caso en el cual podrá requerir el desistimiento, el sobreseimiento definitivo o provisional, la suspensión del proceso a prueba, la aplicación de un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado o que se promueva una conciliación.

En caso de que decida solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, deberá ponerlo en conocimiento de la víctima que haya pedido ser informada de los resultados del procedimiento para que manifieste si desea constituirse en querellante en el término de tres días, y de ser así presente la querrela en el plazo máximo de diez días.

Presentada o no la querrela, el fiscal debe hacer remisión de las actuaciones y las pruebas que puedan ser incorporadas al debate al juez del procedimiento intermedio. Dicha exigencia se encuentra prevista en el artículo 301 del Código de rito, cuando dispone:

“Si la víctima no se manifiesta dentro de los tres días o no formula la querrela en el plazo de diez días, el Ministerio Público trasladará la gestión al tribunal del

procedimiento intermedio para que resuelva, sin sustanciación, lo que corresponda.

Si la víctima formula en tiempo la querrela, el tribunal del procedimiento intermedio notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y evidencias reunidas en la investigación, para que puedan examinarlas en el plazo común de cinco días. En la misma resolución convocará a la audiencia preliminar.³⁰⁰

El segundo supuesto, es el caso en que el Ministerio Público considere que la investigación sí proporciona suficientes elementos para someter al imputado a juicio oral y público, caso en el que formulará la acusación respectiva.

Por disposición expresa del artículo 303 del Código Procesal Penal, con la acusación, el Ministerio Público debe hacer remisión al juez del procedimiento preparatorio las actuaciones y las evidencias que tenga en su poder y puedan ser incorporadas al debate.

Cuando la evidencia arriba al despacho del fiscal, se da la segunda participación de éste en la cadena de custodia de la prueba, si es que participó como autoridad competente en la escena del crimen, y como puede verse, esta segunda participación termina con la remisión del material probatorio al juez del procedimiento preparatorio.

³⁰⁰ Código Procesal Penal, art. 301.

b) Manejo de la evidencia por el Juez del Procedimiento Intermedio

Los mismos requerimientos de custodia que tiene el fiscal cuando la evidencia se encuentra en su despacho, le son aplicables al juez del procedimiento preparatorio. Éste, una vez que recibe la acusación, la querrela o cuando existan otras solicitudes o requerimientos, debe notificar a las partes y poner a su disposición las actuaciones y las evidencias que han sido reunidas durante la investigación, para que en el plazo común de cinco días puedan examinarlas y así formular sus argumentos durante el desarrollo de la audiencia preliminar.

La finalidad de la etapa intermedia consiste en determinar si existe fundamento para someter el asunto a juicio oral y público, o si por el contrario, es viable adoptar una medida alternativa. A su vez, permite depurar el proceso y corregir todos aquellos defectos subsanables, entre los que podría entrar a analizarse, las eventuales violaciones a la cadena de custodia de la prueba.

En el auto de apertura a juicio, el juez debe expresar la prueba que se tiene por admitida para ser evacuada durante el debate y rechazará la que estime abundante o impertinente.

Luego de emitido el auto de apertura a juicio, el juez debe remitir al tribunal de juicio, las actuaciones y las evidencias que han sido incautadas a lo largo de proceso y que ahora se encuentran en su poder. Tal exigencia se encuentra prevista en el artículo 323 del Código Procesal Penal, cuando expresa:

“Dentro del plazo previsto en el artículo anterior, el imputado podrá pedir que el debate se celebre en dos fases, con el fin de que en la primera se discuta lo concerniente a la existencia de la culpabilidad y en la segunda, si existe, lo relativo a la individualización de la pena y las consecuencias civiles.

En ese mismo plazo, las partes civiles podrán realizar la misma solicitud; pero, en lo que se refiere a las consecuencias civiles.

Antes de remitir las actuaciones, el tribunal se pronunciará sobre la solicitud.

Resueltos los asuntos anteriores, se remitirán las actuaciones, los documentos y los objetos incautados al tribunal de juicio y se pondrá a su orden a los detenidos.”

³⁰¹ (Lo subrayado no es del original.)

De esta forma, el actual Código Procesal Penal se ocupa en parte de la cadena de custodia de la evidencia en sede jurisdiccional, señalando en forma precisa qué se debe hacer con el indicio material luego de finalizada cada etapa procesal.

c) Manejo de la evidencia por el Tribunal de Juicio

Las mismas exigencias técnicas en cuanto al lugar en donde ha de custodiarse, la forma de manipularla por parte de los escribientes, el acceso que debe tener el personal a la evidencia y la forma de recibirla o remitirla a otros

³⁰¹ Código Procesal Penal, art. 323.

instancias judiciales o a los laboratorios, le son de aplicación al Tribunal de Juicio, quién será el responsable final de la cadena de custodia de la evidencia.

Remitidas las actuaciones y las evidencias al despacho del Tribunal, éste debe preparar los autos para dar inicio al juicio oral y público. En este sentido, por disposición del artículo 324 del Código Procesal Penal, el secretario del Tribunal debe solicitar que sean remitidos los objetos y documentos admitidos en el auto de apertura a juicio como prueba, o aquellos que el Tribunal estime como prueba para mejor proveer.

Dicha exigencia pareciera contradictoria, si se parte del hecho, que por disposición del artículo 323 del mismo cuerpo legal, todas las evidencias admitidas como prueba por el juez del procedimiento intermedio, le debieron ser remitidas al Tribunal de juicio.

Por ende, la necesidad que tendría el secretario de solicitar que le sean enviados los objetos y documentos relacionados con la causa, sólo tendría sentido cuando tales evidencias se encuentren en el depósito de objetos o en los laboratorios.

En este sentido, para el caso de que la evidencia se encuentre en el depósito de objetos, el Consejo Superior en sesión No. 14-2000 celebrada el 17 de febrero del 2000, artículo LX, a solicitud del Secretario del Organismo de Investigación Judicial y la propuesta de la Comisión de Asuntos Penales, acordó que en virtud

de la inconveniencia e imprudencia de solicitar la remisión por correo de evidencias hacia y desde el Depósito de Objetos decomisados del Organismo Investigación Judicial se deben cumplir con las siguientes directrices:

- Si el bien es solicitado para incorporarlo en el proceso, en tratándose de despachos del área metropolitana, un servidor judicial debidamente autorizado, debe realizar el retiro de la evidencia.

- Si el bien es requerido para incorporarlo al proceso tratándose de Despachos del Interior, con la suficiente antelación podría coordinarse con la Unidad Administrativa Regional de la zona (sic), para que en la reunión semanal que se realiza en San José o en algún viaje, se procure el bien a través del oficio de estilo.

- Los despachos deberán velar para que, con la debida anticipación, se gestione el traslado de las evidencias que se encuentren en el Depósito de Objetos y sean necesarios para que sean exhibidas o reconocidas en juicio, o se les requiera con alguna otra finalidad probatoria. Ello con el propósito de evitar dilaciones de los procedimientos que pudieran evitarse con la debida diligencia.

- En ningún caso podrán los despachos judiciales enviar bienes al depósito de objetos o solicitar su remisión a través del sistema nacional de correos.³⁰²

³⁰² Véase Circular No. 8 del 24 de marzo del 2000, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, p.1.

Uno de los principios fundamentales del proceso penal y que tiene plena aplicación durante la etapa de juicio lo es el principio de inmediación. Este principio aplicado a la evidencia física se traduce en el enunciado que prescribe el artículo 354 del Código Procesal Penal, que al efecto dispone:

“Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen.

Los objetos y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos para su reconocimiento por los testigos, los peritos o el imputado. Las grabaciones y los elementos de prueba audiovisuales serán reproducidos.

Las partes y el tribunal podrán acordar, por unanimidad, la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios de prueba, cuando esa lectura o reproducción baste a los fines del debate. En tal caso, uno de los miembros del tribunal deberá oralmente presentar una síntesis del contenido de esos elementos de prueba. El incumplimiento de esta obligación conlleva la imposibilidad de considerar esas pruebas en la sentencia.

Se podrán efectuar careos o reconstrucciones u ordenar una inspección judicial.”³⁰³

Este es uno de los puntos relevantes de la cadena de custodia, ya que su fin inmediato es precisamente lograr que el indicio material sea valorado como

³⁰³ Código Procesal Penal, art. 354.

verdadera prueba penal en el juicio oral y público, lo cual se traduce en la posibilidad de que todos los sujetos procesales la aprecien, pero en especial, que los juzgadores encargados de dictar sentencia tenga un contacto directo con la prueba material.

Nótese que el enunciado del artículo está redactado en términos imperativos, por lo que no basta con el acta respectiva a través de la cual se incauta la evidencia y que es aportada como prueba al debate, sino que es preciso que el objeto en sí, se exhiba ante el juez y las demás partes.

En esto se resume la exigencia de custodia del material probatorio, ya que únicamente el indicio material que se exhiba al juez puede servir para sustentar la sentencia de condena, con la salvedad de la evidencia que en razón de su pericia debió ser destruida.

Una vez que se valora la evidencia en la etapa de deliberación, el Tribunal debe disponer en sentencia qué ha de hacerse con la prueba material. De esta forma, si la sentencia es absolutoria, podrá disponer la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos a comiso, pero en caso de condena, la sentencia decidirá sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que

correspondan ante los tribunales civiles, decidirá sobre el comiso y la eventual destrucción de la evidencia.³⁰⁴

Todavía en este momento procesal no termina la cadena de custodia de la evidencia, dado que, por disposición del artículo 449 del Código Procesal Penal, la Sala Tercera de la Corte, al conocer de un recurso de casación, puede valorar la prueba que le haya sido presentada, cuando se invoque un defecto del procedimiento.

Por tal motivo, para proceder a cumplir lo ordenado en sentencia respecto a la prueba material secuestrada, lo prudente es esperar a que transcurra el término de casación, o bien, en caso de haberse presentado el recuso y ofrecerse como prueba el indicio material, esperar hasta que sea resuelto el recurso extraordinario.

D. Manejo procesal final de la evidencia

1. Evidencia que debe ser custodiada

Como se ha indicado,³⁰⁴ las evidencias que deben ser custodiadas luego de que se dicta sentencia, son en realidad todas aquellas que fungieron como prueba penal durante la etapa de juicio, ya que el casacionista podría invocarlas como prueba ante la Sala Tercera o el Tribunal Superior de Casación Penal, alegando

³⁰⁴ Código Procesal Penal, arts. 366, 367.

un defecto del procedimiento, según lo faculta el artículo 449 del Código Procesal Penal.

De esta forma, si se parte de la premisa anterior, para proceder a la entrega o destrucción de la prueba material, el tribunal de juicio debe esperar que transcurra el término de casación, y en caso de presentarse el recuso, tendrá que esperar a que la Sala o el Tribunal de Casación dicte sentencia, o al menos, que ya hayan valorado la prueba invocada para demostrar un vicio del procedimiento.

2. Evidencia que debe ser entregada

Una de las consecuencias civiles del hecho punible es la restitución de los objetos secuestrados durante el transcurso del proceso penal y que han sido valorados como prueba durante el desarrollo del debate, o bien, se encuentran en custodia de la autoridad competente por no haber sido admitidos en el auto de apertura a juicio por parte del juez del procedimiento intermedio. En este sentido, dispone el Código de Rito en su artículo 466:

“Las cosas decomisadas no sujetas a comiso, restitución o embargo, serán devueltas a quien se le secuestraron, inmediatamente después de la firmeza de la sentencia. Si hubieran sido entregadas en depósito provisional, se notificará al depositario la entrega definitiva.

*Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria impuesta.*³⁰⁵

Debe hacerse la aclaración de que la restitución de la evidencia a su legítimo propietario o poseedor con mejor derecho, puede ordenarse no sólo al finalizar el juicio oral y público con el dictado de la sentencia, sino que es admisible la restitución en cualquier estado del proceso. Tal facultad se encuentra consagrada en el artículo 140 del Código supra citado, cuando dispone que en cualquier estado de la causa y a solicitud de la víctima, el tribunal puede ordenar, como medida provisional, el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes del crimen, siempre que hayan suficientes elementos para decidirlo.

“Se trata por lo general, de lo que se ha llegado llamar el cuerpo del delito. El objeto del robo, los documentos secuestrados, los objetos sometidos a levantamiento de huellas, el vehículo decomisado, etc., ya que será obligación de las autoridades devolver, a la persona legitimada para poseerlos, los objetos secuestrados que no estén sometidos a comiso, restitución o embargo, inmediatamente después de realizadas las diligencias para las cuales se obtuvieron (Cfr: art. 200 del CP), o, en su defecto, las cosas decomisadas no sujetas a comiso, restitución o embargo, serán devueltas a quien se le

³⁰⁵ Código Procesal Penal, art. 466.

*secuestraron, inmediatamente después de la firmeza de la sentencia. (art. 466 del CP).*³⁰⁶

En caso de autorizarse la devolución o restitución de los efectos del delito, por disposición del Consejo Superior en sesión No. 14-2000 celebrada el 17 de febrero del 2000, artículo LX, la persona deberá ser remitida al Depósito de Objetos con la nota de estilo para que sea en ese lugar donde se efectúe el retiro.

3. Evidencia que debe ser destruida

Los supuestos de destrucción de la evidencia son dos: el primero de ellos se da durante el transcurso del proceso, al momento de llevarse a cabo las pericias; el segundo ocurre una vez que la sentencia que ordena la destrucción se encuentra firme.

El perito se encuentra legitimado procesalmente para destruir la evidencia, pero para ello debe contar con la autorización respectiva y tratar de conservar una muestra de la misma a fin de repetir el peritaje en caso de ser necesario. Hernández Ramírez en este sentido expresa: *“Al respecto, cabe hacer la siguiente anotación: el perito no puede destruir o alterar los objetos probatorios, hasta tanto*

³⁰⁶ HIDALGO MURILLO (José D.), *op. cit.*, pp. 297,298.

*no rinda con el informe al juez y, además cuente con su respectiva autorización.*³⁰⁷

El dictamen pericial, puede ser ofrecido como prueba en el juicio oral, e incluso el perito puede ser llamado a declarar para que exponga al tribunal y demás sujetos procesales los términos de su expertaje; este es uno de los argumentos de mayor peso para admitir que la evidencia sea destruida al momento de practicarle su respectivo análisis; no obstante, frente a lo anterior se erige como contrapartida, el hecho de que las partes pueden impugnar las pericias, siendo necesario eventualmente practicar una nueva, a fin de no violar con ello derechos tan fundamentales como el derecho de defensa.

Por lo anterior, parece tener razón el autor Hidalgo Murillo cuando afirma que el peritaje que implique una destrucción o alteración de la evidencia sin posibilidad alguna de guardar muestras que permitan su repetición, es un medio probatorio que resulta ser un acto definitivo e irreproducible y, por ende, debe realizarse conforme a las reglas para el anticipo jurisdiccional de prueba.³⁰⁸ Corresponde ahora analizar el sujeto procesal que se encuentra legitimado para ordenar la destrucción de la evidencia.

³⁰⁷ HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo), *op. cit.*, snp.

³⁰⁸ HIDALGO MURILLO (José D.), *op. cit.*, p. 300.

En tesis de principio, sólo el juez puede autorizar al laboratorio para que destruya la evidencia al momento de efectuar la pericia, no obstante, por disposición del Consejo Superior de la Corte, también los representantes del Ministerio Público son autoridad competente, y pueden autorizar pericias que impliquen la alteración o destrucción de indicios cuando deban practicarse análisis de laboratorio, en aquellos casos en que no se afecten derechos fundamentales, lo anterior por cuanto el nuevo Código Procesal Penal le otorga al Ministerio Público la competencia sobre la actividad investigativa.³⁰⁹

A la limitación que se desprende de la eventual afectación de derechos fundamentales que señala el Consejo Superior para que pueda el Ministerio Público facultar la destrucción de la evidencia, debe agregarse aquellos casos en que tal destrucción implique un acto definitivo e irreproducible, entendido por tal, el análisis pericial que no pueda guardar muestras que garanticen su eventual repetición. En ambos casos únicamente el juez puede autorizar la destrucción del material probatorio como ocurre por ejemplo, con la sangre, la saliva o el semen.

Polémico resulta el caso de la Policía Judicial, ya que según se desprende de la filosofía del actual Código Procesal Penal, se pretende atribuirle a ésta las más amplias facultades investigativas que incluso podrían acarrear el procesamiento de la evidencia. Es en este sentido que el artículo 285 del Código supra citado

³⁰⁹ Circular No. 35 del 6 de octubre de 1999, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, p.2.

dispone que es función de la policía judicial ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para basar la acusación o determinar el sobreseimiento.

El concepto de “ordenación científica de la pruebas” ha sido interpretado por los que admiten que la Policía Judicial puede ordenar el procesamiento y eventual destrucción de la evidencia, como un concepto referido al análisis metódico que hacen los laboratorios del indicio material. Sin embargo, podría pensarse, que el legislador cuando hizo referencia a la ordenación científica, lo que pretendió es que la policía judicial custodie el indicio material luego de su aseguramiento, en una forma ordenada y metódica, lo cual nos lleva a las etapas de extracción, embalaje, identificación, traslado y entrega apropiada del material probatorio, mismas que requieren una verdadera técnica científica.

Esta interpretación tendría armonía con las atribuciones que prevé el artículo 286 del Código, dado que en ningún momento se le confiere a la policía represiva la facultad de ordenar el procesamiento de la evidencia y mucho menos su destrucción; únicamente se le confiere la facultad de cuidar y conservar el cuerpo y los rastros del delito.

El profesor Hidalgo Murillo es partidario de que la policía judicial no puede ordenar el procesamiento de la evidencia y mucho menos su destrucción, incluso lo ve como un vicio del procedimiento que ocurre con frecuencia. Para éste, el

error surge de una falsa presunción por parte de la policía judicial de que la cadena de custodia se ve interrumpida cuando ellos, en su condición de policía científica, ordenan o llevan a cabo la pericia en el laboratorio y externan su expertaje.³¹⁰

Efectivamente, si la Policía Judicial ordena el procesamiento de la evidencia y su consiguiente destrucción, en casos en los que pudo haber participación del juez o del fiscal, hay una violación a la cadena de custodia de la evidencia, por falta de capacidades jurídicas en el sujeto procesal que la tenía a cargo en ese momento. En este sentido, reiteramos que las funciones de la policía judicial en cuanto al manejo de la evidencia son de custodia y conservación, y en cuanto a la manipulación técnica de la misma, si bien le compete, debe esperar instrucciones por parte de la autoridad competente, salvo casos de urgencia en los que se puedan comprometer los fines de la investigación.

Un ejemplo que confirma el hecho de que debe ser la autoridad competente la encargada de ordenar la destrucción de la evidencia, lo constituye la literalidad del artículo 96 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades conexas, al disponer que cuando las autoridades policiales decomisen marihuana, cocaína, heroína o cualquier otra droga a las que se refiere dicha ley, de inmediato la pondrán a

³¹⁰ HIDALGO MURILLO (José D.), *op. cit.*, p. 295.

disposición de la autoridad judicial competente para que la Sección de Investigaciones Físico Químicas del Organismo de Investigación Judicial tome las muestras de cantidad y peso, así como cualquier otra circunstancia útil a la investigación. Realizado lo anterior, la autoridad judicial competente podrá ordenar la destrucción de la droga incautada. De no ordenarse, la destrucción, la droga deberá entregarse al Organismo de Investigación Judicial para su custodia y posterior destrucción. Fenecida definitivamente la causa, la autoridad judicial competente deberá ordenar la destrucción de la muestra testigo de la sustancia analizada.³¹¹

Finalmente, el Consejo Superior en sesión No. 44-2000 celebrada el 8 de junio del 2000, artículo LXXXII, autorizó a las jefaturas de los Departamentos de Medicina Legal y de Laboratorios de Ciencia Forenses del Organismo de Investigación Judicial, para que cuando hayan concluido con el análisis de las evidencias requerido y no exista un pronunciamiento de su destrucción por parte de la autoridad judicial que lo solicitó, le pidan a dicha autoridad ese pronunciamiento y en caso de no darse éste, dentro del plazo de 15 días, procedan a la destrucción de aquella bajo responsabilidad del funcionario judicial que gestionó el estudio de las pruebas.³¹²

³¹¹ Ley sobre Estuperficientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades conexas, No. 8204 de 26 de diciembre del 2002, art. 96.

³¹² Circular No. 30 del 3 de noviembre del 2000, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, p.1.

En cuanto al procedimiento de destrucción de la evidencia, éste dependerá del tipo de indicio material de que se trate, no obstante, hay regulaciones para casos específicos como sucede con las drogas, en donde el artículo 97 de la ley No. 8204 establece que luego de obtenidas las muestras necesarias para llevar a cabo las pericias, se procederá a la destrucción del resto de la droga públicamente, en presencia de los medios de comunicación que quieran asistir, previa convocatoria. Deberá asistir un representante del Ministerio de Salud y uno del Organismo de Investigación Judicial. La autoridad judicial competente, encargada de ordenar la destrucción de la droga, deberá informar por cualquier medio de comunicación, acerca del lugar, el día y la hora en que se realizará el acto de destrucción, y deberá actuar personalmente en el procedimiento de destrucción de la droga. De la diligencia se levantará un acta de destrucción, de la cual, una copia deberá ser remitida por la autoridad judicial al Instituto Costarricense sobre Drogas.

También se emitió el decreto ejecutivo No. 16553 SJ del 16 de setiembre de 1985 que pretende estandarizar el procedimiento a seguir para su destrucción.

4. Evidencia que no debe restituirse o ser destruida

Por disposición del artículo 466 del Código Procesal Penal, las cosas secuestradas de propiedad del condenado pueden ser retenidas en garantía de las costas del proceso y de las responsabilidades pecuniarias impuestas, por lo

que en caso de que la evidencia tenga un valor significativo, el juez no debe proceder a su restitución y mucho menos destruirla, tal como ocurre con las pinturas, joyas, electrodomésticos, etc.

De igual forma, los objetos empleados para perpetrar el delito deben ser remitidos al Museo Criminológico de la Corte Suprema de Justicia por así preverlo el artículo 465 in fine del referido cuerpo legal.

Los objetos sujetos a comiso tampoco deben ser devueltos, restituidos o destruidos, sino que el tribunal debe darles el destino que corresponda según su naturaleza.

Finalmente, debe hacerse mención al cambio conceptual que en este tema podría implicar el avance tecnológico en el procesamiento de la evidencia, como lo es el caso específico de las pruebas de ADN.

En efecto, para todas aquellas evidencias con contenido genético, susceptibles de ser sometidas a este tipo de análisis, lo propio sería resguardarlas durante un periodo de tiempo prudencial y no proceder a su destrucción luego del análisis efectuado en el laboratorio, ya que las técnicas científicas en el estudio comparativo del material genérico, están experimentando hoy día un vertiginoso avance, en especial, por el reciente descubrimiento del código genético, lo que podría significar el arribo a conclusiones distintas a las obtenidas durante la investigación criminal.

Este periodo en que debería resguardarse este tipo de evidencia en espera de los avances científicos, será el propio de una política criminal que le corresponderá a la Corte Suprema de Justicia definir.

Sección III: Trato jurisprudencial de la cadena de custodia

A. Importancia procesal

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado la importancia que reviste para el correcto funcionamiento del sistema penal el que los representantes del Ministerio Público y los jueces, pero sobre todo los oficiales de policía, cumplan con los requisitos mínimos de seguridad en la recolección o extracción, preservación, manipulación o traslado, entrega, custodia y empaque de los objetos decomisados y muestras u otros elementos de convicción levantados en el lugar de los hechos, de tal manera que se garantice, con plena certeza, que las muestras y objetos analizados posteriormente y expuestos tiempo después como elementos de prueba en las diferentes etapas de proceso, son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos.³¹³

La importancia procesal de la cadena de custodia radica, según la Sala, en el grado de certeza jurídica que ésta pueda generar. Ya que si se acredita en juicio

³¹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 368 de las 8:55 hr. del 14 de agosto de 1992.

que la prueba encontrada en el lugar de los hechos vincula la acción criminal con el imputado y la víctima, ella servirá para sustentar el fallo de condena.

Visto desde otro ángulo, la defensa del imputado al plantear su reclamo por violación de la cadena de custodia, debe demostrar que el vicio procesal no permite asegurar con plena certeza que la prueba valorada en juicio es la misma que se encontró en la escena del crimen. Deberá tratar de crear la duda razonable en el ánimo del tribunal que permita una absolutoria por el principio de *indubio pro reo*.

Esta labor no parece ser fácil, pero como se verá, la duda razonable es más susceptible de generarse cuando el reclamo se plantea con una puntualización precisa de la fase procesal de la cadena de custodia que ha sido violada y con un análisis del perjuicio que se puede causar si se utiliza esa evidencia como prueba de condena.

Como la violación de la cadena de custodia no se da únicamente por sustitución de la evidencia sino también por alteración, puede ocurrir que exista certeza de que el indicio presentado como prueba en juicio es el mismo que fue hallado en la escena del crimen, pero que exista duda acerca de su grado de pureza, por lo que también sería posible excluir el dato probatorio en estos casos. Esto nos demuestra que la cadena de custodia de la evidencia no se restringe a la

custodia del objeto material, sino que se extiende al resguardo del significado que se desprende del mismo

B. Admisibilidad del reclamo

Dado el grado de complejidad y el número de pasos que implica la cadena de custodia de la evidencia, su reclamo en casación penal debe hacerse en forma concreta, pormenorizando el hecho generador de la violación con su correspondiente agravio, ya que un reclamo en abstracto, obligaría a la Sala Tercera o al Tribunal Superior de Casación Penal a un pronunciamiento con su correspondiente análisis, de cada uno de los pasos por los que fue manipulada la evidencia en el caso concreto, lo cual va en evidente contraposición al principio de celeridad procesal. Es por ello que para la admisibilidad del reproche por violación de la cadena de custodia de la evidencia y su respectivo pronunciamiento en casación penal, la Sala Tercera ha dicho lo siguiente: *“El pronunciamiento relativo a cada uno de esos aspectos o la totalidad de ellos, (cadena de custodia) sólo es necesario cuando en lo atinente se discuta un incumplimiento concreto, o exista razón alguna para estimar que ha sido vulnerado, mas no cuando, sin sustento alguno, está de por medio la sola réplica inspirada en el mero interés de excluir el indicio incautado, en cuyo caso la exposición del tribunal se convertiría seguramente en un simple relato doctrinario y abstracto.”*³¹⁴

³¹⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 842 de las 8 hr. 45 m. del 4 de setiembre de 1998.

En igual sentido se ha dicho: “... debe señalar la Sala que la violación de la cadena de custodia no es una recriminación abstracta que pueda plantearse en un proceso, sino que es necesario que existan motivos para estimar que la prueba no ha sido debidamente manipulada, causando así un perjuicio. No basta que la parte invoque su violación para tenerla por existente. Esta y su incidencia, deben acreditarse.”³¹⁵

De esta forma, podría decirse que existe una presunción judicial, que acredita el correcto manejo de la evidencia, siendo que se presume que el modo normal como se conduce el dato probatorio a lo largo del proceso, es conforme al ordenamiento jurídico, y solo en el caso en que se reclamen de manera precisa infracciones en alguna de sus fases, procede analizar si en la especie las reglas sobre la manipulación de la prueba material, se han observado debidamente.³¹⁶ De ahí la gran importancia de que los operadores del derecho conozcan las distintas etapas que componen la cadena de custodia, sus elementos, concepto y naturaleza jurídica, a fin de hacerlas ver durante el proceso, o bien, prevenir las contaminaciones que pueda sufrir el indicio material.

³¹⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 672 de las 9hr. 10m. del 8 de noviembre de 1996. Véase también Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 970 de las 9 hr. 35 m. del 9 de octubre de 1998.

³¹⁶ Véase Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No. 989 de las 8 hr. 50 m. del 16 de octubre de 1998.

C. Fases

En cuanto a los pasos que implica el correcto manejo de la evidencia por parte de los operadores judiciales, la Sala Tercera ha indicado en varias de sus resoluciones que existen cuatro fases básicas en sede policial, en las que debe garantizarse la autenticidad del elemento o material a utilizar como prueba, a saber: el momento de la extracción o recolección de la prueba; el momento de la preservación y empaque; la fase del transporte o traslado; y, finalmente, la entrega apropiada de la misma.

De seguido surge la necesidad de garantizar la autenticidad durante el momento del examen de los elementos de prueba, y finalmente el problema de la custodia y preservación definitiva hasta la finalización del juicio, ya sea de la totalidad o de una muestra, según el caso y la naturaleza de la prueba.³¹⁷

Sin embargo, la indicación de las etapas que comprende el manejo de la evidencia se ha limitado, como se desprende de la cita anterior, a la enumeración y análisis de las etapas en sede policial, cuando lo cierto es que también en sede jurisdiccional puede alterarse o sustituirse la evidencia (contaminarse), y aún con mayor razón si estimamos que los escribientes e incluso conserjes de los distintos despachos judiciales, tienen contacto con la misma y tienen que manipularla en

³¹⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 533 de las 9hr. 40m. del 30 de setiembre de 1993. Véase también Resolución No. 368 de las 8 h. 55 m. del 14 de agosto de 1992.

ocasiones, sin conocer lo delicada que puede ser su manejo y el peligro que se corre de hacer ilegítimo el elemento probatorio.

Por ello se debe destacar que la violación de la cadena de custodia se da no sólo cuando se alteran las propiedades físicas de la evidencia o se ve sustituida por otra, sino cuando, a pedido de una de las partes (verbigracia la defensa), no se puede dar razón del paradero de la misma, aunque posteriormente ésta aparezca. Con lo cual hay que tomar en cuenta la pérdida, aunque sea momentánea, como supuestos de contaminación de la evidencia, la que pueden suceder tanto en sede policial como jurisdiccional.

D. Magnitud del quebranto

No toda violación a la cadena de custodia torna ilegítima la prueba, en el sentido de que no pueda ser valorada por el juzgador para fundamentar su fallo. Por esta razón la Sala Constitucional ha indicado que la violación de la cadena de custodia de una evidencia solamente es violatoria del debido proceso cuando ella se relaciona con elemento esencial para la sentencia. En este sentido ha dicho: *“No obstante, la relevancia de los vicios en la cadena de custodia depende absolutamente de la que tenga el elemento probatorio de la que ella forma parte, de manera que sólo se constituirá en infracción al derecho al debido proceso, cuando haya ocurrido dentro del procedimiento para la producción de elementos*

probatorios esenciales dentro del proceso, en el sentido de que la ausencia de esa prueba torne imposible la atribución del hecho al imputado.”³¹⁸

Claro está, esta apreciación de la Sala nos plantea la interrogante de ¿Qué se debe entender por elementos probatorios esenciales? La Sala no ha sido clara al respecto, con lo cual el análisis de la violación de la cadena de custodia de la evidencia se torna casuístico, y por ende, pierde su carácter de doctrina científica. Consideramos que los elementos probatorios esenciales son aquellos que coinciden con el concepto de idoneidad de la prueba.

La idoneidad, según se ha visto, atañe a una cualidad de los idóneo, o sea, aquello que es adecuado y apropiado para una cosa. Esta idoneidad aplicada a la prueba penal tiene que ver más con el grado de motivación que genera en el ánimo del juzgador para emitir su fallo. En otras palabras, la prueba idónea es la base de la fundamentación probatoria de la sentencia de condena o absolución, y por ende, su grado de importancia dentro del proceso dependerá de si la misma es simplemente pertinente, o bien, si se trata de prueba idónea.

Estimamos que no todas las violaciones a la cadena de custodia de la evidencia deben ser consideradas violaciones constitucionales, ya que

³¹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5743 de las 15 h. 6 m. del 29 de octubre de 1996.

volveríamos al criterio anterior del régimen de nulidades, en el que se alegaba la nulidad por la mera nulidad.

La inspiración de la doctrina que fundamenta la actividad procesal defectuosa en el nuevo Código Procesal Penal, pretende agilizar el proceso y adecuarlo al designio constitucional de justicia pronta y cumplida, por ello debemos hacer la distinción entre defectos absolutos y defectos subsanables, en el sentido de que la violación de la cadena de custodia se podrá ubicar en ambos, dependiendo de la intensidad de la violación y, fundamentalmente, dependiendo del tipo de prueba en que recaiga.

Si la violación recae sobre prueba idónea, se estará frente a un defecto absoluto y por el contrario, si la violación recae sobre prueba pertinente y relevante pero inidónea, el defecto, en tesis de principio, sería subsanable y susceptible de convalidación y no infringiría el debido proceso.

La magnitud del quebranto es entonces un parámetro por considerar, por lo que la misma Sala Tercera lo ha aplicado en mucho de los casos, no obstante lo ha valorado a partir de la doctrina de la prueba ilícita, y en especial a partir de la teoría de la supresión hipotética de la prueba, sin entrar a analizar el enunciado de la Sala Constitucional en cuanto a la esencialidad o no del dato probatorio y su relación con la actividad procesal defectuosa. Así, esta Sala ha indicado: *“Como se deriva de todo lo antes descrito, se aprecian algunas deficiencias en la cadena*

de custodia al manipularse las evidencias recolectadas con motivo de la investigación, a tal extremo que las muestras supuestamente recogidas, permanecen sin mayor rigurosidad en poder de las autoridades policiales desde que las reciben en el Juzgado de Instrucción de Cañas hasta el día en que fueron entregadas al Laboratorio, pero sin que tal acto se haya documentado, ni tampoco se hayan individualizado ni precisado las características del material entregado. Además, no consta tampoco que la bolsa incautada haya sido sellada o embalada. No obstante estas irregularidades, es criterio de esta Sala que no existe ningún elemento que haga presumir una alteración dolosa o malintencionada de las muestras decomisadas, de donde no se podría asegurar que no haya existido decomiso de droga o que la sustancia recibida por el laboratorio no corresponda a la que se recogió en el lugar de la detención, máxime si se considera que en lo que se refiere al acto de requisa y posterior pesaje, en todo momento se contó con la fiscalización de la autoridad instructora (...)

En lo que respecta al presente caso debemos señalar, entonces, que si bien sí se produjeron algunas irregularidades en la cadena de custodia, éstas no son de tal magnitud como para hacer dudoso que lo decomisado por la autoridad instructora el día de los hechos no sea lo que posteriormente se aportó como evidencia ante los técnicos de Química Analítica.³¹⁹

³¹⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 414 de las 9 hr. 48 m. del 9 de abril de 1999.

La prueba que sirve de ligamen de los extremos de la imputación delictiva es la que puede generar la duda razonable en el juzgador, en caso de recaer sobre la misma una irregularidad. Sin embargo debe recordarse la importancia que tiene la prueba indirecta dentro de nuestro esquema procesal, por lo que de tener que excluirse un indicio podría no completarse el razonamiento necesario para sustentar un fallo de condena a partir de prueba indiciaria.

En conclusión, si bien la magnitud de la violación dependerá del tipo de prueba de que se trate, lo cierto es que igual cuidado requiere la prueba directa que la indirecta o la idónea respecto a la simplemente pertinente, dado que cualquiera de ellas puede ser la base probatoria de la sentencia judicial.

E. Importancia de las formalidades en el manejo de la evidencia

El hecho de que únicamente constituye una violación al debido proceso el quebranto de la custodia de prueba esencial, no quiere decir que las formalidades establecidas en el Código Procesal Penal puedan ser inobservadas sin establecerse sanción alguna, dado que, tales formas no obedecen a un mero ritualismo: su principal función es la de servir como instrumentos de garantía para asegurar el debido proceso, la pureza de la prueba y evitar el quebranto de derechos fundamentales.

La Sala ha indicado que en algunos casos podrá darse una suplencia de dichas formas por aquellas que resulten análogas al medio probatorio empleado, y

así se ha admitido en diversas oportunidades de manera excepcional; sin embargo, ello no puede interpretarse como una autorización para inobservar ciertas formas esenciales -sobre todo en materia de custodia de la prueba -, so pretexto de que luego serán acreditadas mediante testigos que, por lo general, son precisamente los funcionarios que las incumplieron.³²⁰

La cadena de custodia de la evidencia es una garantía procesal de índole constitucional que debe ser complementada con las formalidades que prescribe el Código Procesal Penal para los distintos medios de prueba, por lo que en forma alguna es admisible la sustitución de formalidades a menos de que se trate de casos de suma urgencia.

F. ¿Se presume el respeto de la cadena de custodia?

A partir de las exigencias de admisibilidad que ha hecho la Sala Tercera en cuanto al reclamo por violación de la cadena de custodia de la evidencia, se desprende una presunción *iuris tantum* a favor del respeto de esta garantía procesal, toda vez que hasta tanto no se puntualice en forma precisa la fase en que se violó la cadena de custodia y se expresen los agravios sufridos, la Sala presume que el discurrir de la evidencia desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen hasta que es presentada como prueba en la fase de juicio, se

³²⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.1322 de las 11 hr. 15 m. del 15 de octubre 1999.

ha desarrollado en una forma normal. O sea, que la carga de la prueba recaerá sobre el recurrente, dado que al legítimo manejo procesal de la evidencia lo cubre una presunción que admite prueba en contrario, siempre y cuando se puntualice el germen de la violación en el momento procesal preciso.

La Sala ha indicado que se debe partir de que el modo normal en que se conduce la evidencia a lo largo del proceso, es conforme a derecho y solo en el caso en que se reclamen de manera precisa infracciones en alguna de sus fases, procede analizar si en la especie las reglas sobre la manipulación de la prueba material, se han observado debidamente.³²¹

G. La policía administrativa

Interesante resulta la apreciación que hace el Tribunal Superior de Casación Penal en cuanto a las facultades que le asisten a la Policía Administrativa para la manipulación de la evidencia. Toda vez que considera que no hay violación a la cadena de custodia por el hecho de que éste cuerpo policial haya sido el que luego de hallar los indicios, los extrajo y transportó a la Delegación. “ *...en nada desmerece la cadena de custodia - afirma el Tribunal - porque los mismos declarantes Alex René André Barboza y Jairo Cantón Hernández (f. 125 a 129) señalan que la policía administrativa es la que se llevó los bienes y luego según el*

³²¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.989 de las 8hr. 50 m. del 16 de octubre de 1998.

*informe policial, es la Policía Judicial la que hace un listado de los bienes en el acta de decomiso y posteriormente se entregaron mediante acta a la fiscalía (f. 6) por lo que no se generó ninguna duda de que esos bienes eran los mismos encontrados a los encartados.*³²²

De nuestra parte consideramos que si hay una clara violación a la cadena de custodia, por falta de capacidades técnico - jurídicas en los funcionarios de la policía administrativa que participaron en la manipulación de la evidencia (elemento subjetivo de la cadena de custodia) que afectó las fases de fijación, extracción, embalaje, identificación y traslado del dato probatorio.

Sin embargo, no es lo mismo la violación de la cadena de custodia al efecto procesal que ésta ocasiona, ya que existe la posibilidad de comprobar un medio de prueba a través de otros.

Al tomar en cuenta las declaraciones de los testigos, el Tribunal Superior lo que debió haber expresado es que si bien sí se dio una violación a la cadena de custodia de la prueba, tal quebranto constituye un defecto subsanable que puede ser comprobado a través de otros medios probatorios, como lo son las declaraciones de los testigos.

³²² Tribunal Superior de Casación Penal, No. 064 - 2000 del 24 de enero del año 2000.

H. Deber de fundamentar la violación de la cadena de custodia.

La importancia de conocer en forma detallada los pasos que implica la cadena de custodia de la prueba, sus alcances, sus elementos, naturaleza jurídica, finalidades, etc., le asiste no solo a los miembros de la policía judicial, a los fiscales, defensores o jueces de la etapa preparatorio e intermedia, sino que es muy importante que los jueces del Tribunal de Juicio tengan un conocimiento profundo del tema dado que es su deber hacer el análisis de rigor en caso de acoger un reclamo por violación a la cadena de custodia.

“La sentencia que considera que se violentó la cadena de custodia de la prueba, debe contener la fundamentación por la que arriba a tal conclusión, pues su ausencia constituye una falta de motivación del fallo.”³²³

De igual forma se debe proceder en caso de denegar tal violación, dado que se deben expresar en sentencia las razones por las cuales se considera legítimo el manejo procesal del dato probatorio, salvo que, como lo ha dicha la Sala Tercera de la Corte, el reclamo se haya hecho en forma genérica, sin especificar el momento procesal en que se dio el quebranto y sin describir los agravios ocasionados.

³²³ Boletín Jurisprudencial No. 35 del 21 de julio de 1999, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.

I. Examen de la evidencia

En resguardo del derecho de defensa, las partes tienen la facultad de solicitar la evidencia para analizarla y así preparar sus argumentos. El escrutinio que éstas hagan del dato probatorio es parte de la cadena de custodia en sede jurisdiccional, por lo que cabría preguntarse si no permitir el examen de la evidencia constituye una violación a la cadena de custodia.

Al respecto consideramos que no se da tal violación, si no más bien lo que se lesiona es la garantía de inviolabilidad de la defensa que le asiste en especial al imputado. En este sentido los Tribunales de Costa Rica han resuelto: *“Aun cuando el documento donde consta su nombramiento se esté presentando en ese momento a la Fiscalía, debe entenderse que el Defensor ha sido comisionado por su representado para que examine la prueba y realice su defensa material. La negativa al acceso a la prueba documental para su revisión lesiona su derecho al ejercicio profesional (laboral) y, fundamentalmente, el de defensa de su representado, pues el defensor ya estaba legitimado para solicitar la información referente, en virtud del documento que lo designaba como tal.”*³²⁴

³²⁴ Boletín Jurisprudencial No. 23 del 21 de mayo de 1999, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.

Distinto sería el caso en que la defensa solicite la evidencia para su escrutinio y ésta no le sea mostrada por haberse extraviado en el mismo despacho judicial, ya que aquí sí habría violación a la cadena de custodia, toda vez que ni la autoridad competente estaría ejerciendo un resguardo del indicio incautado, siendo que la evidencia podría estar expuesta a todo tipo de contaminación, tanto por factores humanos como por agentes externos, (verbigracia, el calor, el agua, animales, etc.)

J. Transcurso del Tiempo

Uno de los puntos de mayor importancia en cuanto al tema de la cadena de custodia y que ha sido señalado por la Sala Tercera de la Corte, lo es el efecto que provoca el transcurso del tiempo. En este sentido la Sala ha dicho que el simple transcurso del tiempo no constituye una violación a la cadena de custodia de la evidencia. O sea, que mientras el indicio haya estado debidamente embalado, identificado y resguardado por el juez, el fiscal o los personeros del depósito de objetos, por más tiempo que haya transcurrido, esto no es obstáculo para acreditar dicha evidencia como prueba en el juicio oral y público.³²⁵

³²⁵ “Así las cosas, si la droga fue recogida por un juez en el lugar de los hechos, guardada en bolsas que fueron selladas, la cuales estuvieron en custodia del Ministerio Público y fueron entregadas al laboratorio con la envoltura completamente cerrada, todo lo cual se extrae del expediente, entonces está claro que lo incautado en casa de A.M. y lo que entregó el agente encubierto es lo mismo que se examinó en el laboratorio forense. Por ello, es imposible estimar que se violó la cadena de custodia de la prueba por el transcurso del tiempo.” Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 291 de las 9hr. 10m. del 17 de marzo del 2000.

Claro está, esta apreciación de la Sala es relativa, y dependerá del tipo de evidencia sobre la cual haya recaído el pasar del tiempo. Por cuanto no es lo mismo que el tiempo transcurra para un objeto metálico, que para una mancha de sangre o una muestra de semen u orina.

El tiempo afectará la cadena de custodia únicamente cuando el mismo pueda constituirse en un agente contaminante, que altere las propiedades físicas del indicio material que pretende ser analizado o presentado como prueba en juicio, cuestión que deberá ser demostrada por la parte que alegue tal vicio procesal.

K. Resguardo de la calidad y la cantidad de la evidencia

De especial interés para el tema en estudio, lo es la sentencia No. 161-2001 del Tribunal Superior de Casación Penal, en la cual se analiza el tema del contenido de la cadena de custodia de la evidencia, llegándose a la conclusión de que lo que se protege es la "identidad" del dato probatorio y no su calidad o cantidad.

Al respecto este Tribunal expresó: *"El error de la juzgadora recae en conceptualizar la cadena de custodia como una medida protectora de la cantidad y de la calidad de la evidencia, lo cual no es cierto. Cantidad y calidad de cosa genérica implica la posibilidad de modificar aumentando o disminuyendo la cuantía o las cualidades de la cosa, o sustituyendo la cosa misma: La cadena de custodia no protege, se subraya, la cantidad y la calidad de la evidencia sino la identidad de*

ella, pues la decomisada debe ser la misma que llega al perito y al debate. En el caso de autos, la juzgadora pretende subrayar el hecho del cierre hermético incompleto del embalaje de la evidencia, en razón de haberse decomisado catorce puchos de aparente marihuana y haber llegado en ese número la supuesta evidencia al laboratorio; sin embargo, no se trata de decomisar catorce y entregar catorce al perito, sino que lo decomisado tenga identidad con lo entregado al laboratorio, lo que se garantiza por la imperfección de los sellos del embalaje. La ruptura de la cadena de custodia se da por la pérdida de garantía de identidad entre lo decomisado y lo entregado al perito.”³²⁶

Esta es en realidad una aplicación rigurosa de la definición jurisprudencial clásica de lo que se entiende por cadena de custodia, en la cual el aspecto fundamental es establecer una razón de identidad casi absoluta entre la evidencia que ha sido recolectada en la escena del crimen y la que es valorada tanto en los laboratorios como en el juicio oral y público.

Sin embargo, partiendo de una concepción amplia, se estima que la cadena de custodia no puede en forma alguna limitarse a la simple razón de identidad entre el hecho, la evidencia, el imputado, la víctima y el juicio oral y público o el laboratorio, su objetivo esencial es el descubrimiento de la verdad real, a lo cual

³²⁶ Tribunal Superior de Casación Penal No. 161 del 16 de febrero de 2001.

contribuye si mantiene inalterado el significado que se desprende del material probatorio hasta el momento en que se convierte en verdadera prueba penal.

La cantidad en este sentido, y en especial la calidad de la evidencia, forman parte del resguardo por el que debe velar la cadena de custodia. Recordemos que lo que se protege es el significado que se desprende de la evidencia, del cual los parámetros cuantitativos y cualitativos son fundamentales.

En efecto, no es lo mismo valorar la presencia de tres casquillos de bala en la escena del crimen que uno solo, o el decomiso de cien kilos de cocaína al de veinte gramos, o la tachadura en la firma del documento presentado a juicio cuando éste había sido secuestrado íntegramente.

Admitir como único parámetro de protección la identidad física de la evidencia, implicaría que la alteración como agente contaminante no sería aplicable, dado que, ésta recae sobre las cualidades del indicio incautado. Únicamente se podrían valorar la sustitución o pérdida del material probatorio para determinar una violación de la cadena de custodia.

Sería afirmar que no importan las condiciones en que arribe la evidencia al debate, siempre y cuando se comprueba que es la misma que fue encontrada en la escena del crimen, permitiéndose todo tipo de alteraciones en la cantidad y calidad de la misma durante el desarrollo del proceso.

Con este criterio que parte de la definición clásica de lo que es la cadena de custodia, se incurre en una concepción existencialista radical, ya que lo único que interesa y que por ende se protege, es la existencia misma de la cosa, sin importar su estado y cantidad, en otras palabras, lo que se protege es la razón existencial de la evidencia y no su condición ontológica.

CAPÍTULO SEGUNDO: Cadena de custodia de la evidencia y su relación con la prueba ilícita

Al hacer el estudio jurisprudencial del tema objeto de esta investigación, se hace notoria la tendencia por parte de los tribunales costarricenses, de aplicar al tema de la cadena de custodia de la evidencia el mismo trato que se le da a la prueba ilícita, con el fin, en muchos de los casos, de subsanar el vicio procesal tomando en cuenta otros elementos probatorios que podrían acreditar el mismo hecho que comprobaba el indicio material que ha sido alterado o sustituido; excluyendo dicha prueba a través de la doctrina de la supresión hipotética o de la fuente independiente, lo que equivale a un trato igualitario entre la prueba ilícita y la violación de la cadena de custodia.

No obstante, cabría cuestionarse si a la luz del actual Código Procesal Penal, la violación de la cadena de custodia torna ilícita la prueba, lo cual parece ser un criterio generalizado en la práctica judicial, sin haberse hecho un estudio pormenorizado de este aspecto.

Partiendo del vacío doctrinario, se pretende desarrollar en este capítulo la relación existente entre el tema en estudio y la prueba ilícita. Para ello se estudiará en la primera sección las consideraciones doctrinarias en cuanto a la teoría de la prueba espuria, las cuales implican su conceptualización, tipología, doctrinas y trato jurisprudencial. En la segunda sección se analizará la posibilidad jurídica de

concebir la violación de la cadena de custodia de la evidencia como fuente de ilicitud de la prueba, partiendo de un análisis del artículo 181 del Código Procesal Penal vigente.

Sección I: De la prueba ilícita

A. Concepto

Según lo indican Cortés Coto y Pereira Pérez, la discusión del tema de la prueba ilícita ha tenido su fundamento en la ponderación de dos intereses fundamentales que tutela el ordenamiento jurídico: el primero de ellos, el respeto a los derechos fundamentales en la obtención de las pruebas; el segundo, la búsqueda de la verdad real, en aras del interés de la colectividad de que se haga justicia pronta y cumplida.³²⁷

Ambos son intereses de orden constitucional y ha sido la búsqueda de los mismos, lo que ha llevado a la existencia de varias posiciones en la doctrina, para resolver el problema de la prueba obtenida ilegalmente.

“La cuestión de la denominada “prueba ilícita” se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la

³²⁷ CORTÉS COTO (Ronald), PEREIRA PÉREZ (José M.), La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, editorial Litografía e Imprenta LIL S.A., primera edición, p.1

*encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación.*³²⁸

No obstante el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del tema, podría afirmarse que no existe consenso en cuanto a la definición de lo que es la prueba ilícita, y menos aún de los efectos procesales que ésta provoca. En razón de lo anterior es que podemos hablar de un concepto amplio y uno restringido, siendo que desde ya nos avocamos por la concepción amplia de la prueba espuria, como también se le llama.

1. Concepto restringido

Para los partidarios de la concepción restringida, la prueba ilícita, es aquella que se deriva de un medio de prueba ilegítimo, ya sea porque tal medio de prueba está prohibido expresamente o porque es violatorio de derechos fundamentales. Ejemplo de ellos lo constituyen la tortura³²⁹, la violencia corporal, la hipnosis, los sicofármacos, etc.

En este sentido, Sáenz Elizondo expresa: *“Una definición más precisa habla no de prueba ilícita, sino de prueba obtenida por medios ilícitos. La prueba*

³²⁸ PELLEGRINI GRINOVER (Ada), *op. cit.*, p. 23.

³²⁹ Véase, O.E.A., Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, *op.cit.*

*ilegítima (ilícita) tiene íntima relación con el concepto de medio de prueba prohibido, que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar.”*³³⁰

Según Pellegrini Grinover “Se entiende por prueba ilícita la obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a principios constitucionales”.³³¹

Es una concepción restringida, porque limita la fuente de ilicitud de la prueba a los medios probatorios, dejando de lado el desarrollo procesal que gira en torno a la evidencia y que no tiene que ver con un medio de prueba en concreto.

Nótese que se está limitando la ilicitud de la prueba a la etapa de adquisición de la evidencia, obviándose las otras etapas de la actividad probatoria, como si en éstas no pudiesen tornar ilegítima la prueba.

2. Concepto amplio

Para la concepción amplia, la prueba ilegítima es aquella obtenida o procesada con violación de normas constitucionales o legales. En otras palabras, implica no sólo la obtención ilegítima de la evidencia, sino su manipulación y

³³⁰ SÁENZ ELIZONDO (María Antonieta), *op.cit.*, pp. 36,37.

³³¹ PELLEGRINI GRINOVER (Ada), *op.cit.*, p. 23

procesamiento violatorio de derechos, garantías y normas de orden procesal, sustantivo y constitucional.

Vescovi, es partidario de esta acepción, y en este sentido nos dice: *“...la prueba ilícita se entiende como aquella prueba que contiene una ilicitud original, una ilicitud que proviene de la violación de una norma constitucional o legal”*.³³²

Según Armijo Sancho, las pruebas ilícitas son aquellas pruebas que se han obtenido o valorado con vulneración de derechos constitucionales e implica un perjuicio real y efectivo para alguna de las partes del proceso. Indica el autor *“... basta que exista una norma constitucional violada o la norma procesal que la instrumentalice, para que la prueba ilícita deba ser considerada prohibida y por ende inadmisibile.”*³³³

Esta definición nos brinda un panorama más abierto y conforme a las distintas etapas de la actividad probatoria, dado que la fuente de ilicitud de la evidencia puede ubicarse tanto en la obtención, recepción, procesamiento e incluso valoración de la prueba.

Creemos que la definición amplia se encuentra más ajustado al concepto que maneja el actual Código Procesal Penal, toda vez que por mandato del artículo

³³² VESCOVI (Enrique) citado por SALAS DURÁN (Edwin), Valoración de la prueba ilícita por el juez penal. Revista Judicial, San José, año XXII, No. 71, abril de 1998, p. 38.

³³³ ARMIJO SANCHO (Gilbert), op.cit., p.119, 120, 132.

181, los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones reguladas en dicho cuerpo normativo.

B. Tipos

A nivel jurisprudencial, los Tribunales de Justicia han hecho la distinción entre la prueba ilícita por razones de constitucionalidad y la prueba ilegítima por cuestiones de legalidad. Argumentando que en este segundo caso, sólo hay violación al debido proceso si con ello se causó indefensión al imputado, de lo contrario sería un aspecto de mera legalidad, aducible en el momento procesal oportuno.³³⁴

La doctrina por su parte hace la distinción entre la prueba ilícita directa y la indirecta, dependiendo del grado de vinculación que ésta tenga con la fuente de ilicitud. Al respecto debe recordarse que la fuente de ilicitud de las pruebas no deriva exclusivamente de los medios probatorios, sino que pueden generarse a partir de la incorrecta aplicación de la ley procesal en su sentido más amplio. Es en este sentido que Sáenz Elizondo nos dice: *"...desde el ámbito netamente de la ley procesal, la primera limitación de una prueba está determinada por la*

³³⁴ Véase Boletín Jurisprudencial No. 44 del 21 de julio de 1999, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1192 de las 8 hr. 30 m. del 19 de febrero de 1999.

*admisibilidad o no de la misma. Sea que la primera prohibición para utilizar la prueba es la inadmisibilidad.*³³⁵

No obstante, -como bien lo afirma el profesor Armijo Sancho- la ilicitud que contamina determinadas fuentes de prueba también puede provenir de fuera de la órbita procesal, como es el caso de grabaciones, cartas, o documentos que han sido conocidos en virtud de una acción criminal y que después aparecen en el proceso.³³⁶

También podría darse el caso en que la fuente de ilicitud probatoria provenga de una inadecuada práctica judicial, como por ejemplo, hacer el traslado de la evidencia de un despacho a otro sin documentar nada al respecto.

Tanto el medio de prueba ilegítimo, la violación de garantías constitucionales, el irrespeto de formalidades legales que generen indefensión, la incorrecta incorporación de la evidencia al proceso y las malas prácticas judiciales, entre otras, pueden ser fuente de ilicitud probatoria.

1. Prueba ilícita directa

La prueba ilícita directa, es la que se desprende en forma inmediata de una violación constitucional o de un irrespeto a la ley procesal que generó indefensión;

³³⁵ SÁENZ ELIZONDO (María A.), La prueba ilícita en el proceso penal, Revista de Ciencias Penales, San José, año 4, No. 6, diciembre de 1992, p. 37.

³³⁶ ARMIJO SANCHO (Gilbert), op.cit., p. 121.

tal es el caso de un allanamiento ilegal o una confesión obtenida por medio de violencia, o la falta de citación del imputado y su defensor para el desarrollo de un anticipo jurisdiccional de prueba.

Al respecto es casi unánime la doctrina que considera que éste tipo de pruebas no tienen ningún efecto procesal y que sobre las mismas recae un grado de invalidez absoluta, por lo que en forma alguna podrían ser empleadas para fundamentar la sentencia. El Magistrado González Álvarez, es partidario de esta tesis cuando expresa: *“Creo que es unánime (y así tenía que ser con base en nuestra Constitución Política) la posición que estima que la prueba directamente ilícita no tiene ninguna validez para sustentar una decisión Jurisdiccional en ningún sentido, ya sea para absolver ya sea para condenar.”*³³⁷

La doctrina que se inclina por restarle todo valor probatorio a este tipo de pruebas y por ende a excluirlas del elenco probatorio, tiene su fundamento en la jurisprudencia estadounidense, con la llamada regla de la exclusión. En virtud de esta regla se excluyen las evidencias, testimonios o pericias obtenidas por oficiales de Gobierno a través de medios violatorios de la Cuarta, Quinta y Sexta Enmiendas. La Cuarta Enmienda por ejemplo, garantiza el derecho de los ciudadanos a tener seguridad sobre sus cuerpos, casas, papeles y efectos en contra de registros y secuestros no razonables. También protege el registro de

³³⁷ GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), Justicia Constitucional y Debido Proceso, op. cit., p. 79.

valijas, carros, ropa y papeles. Asimismo exige que las órdenes de registro reúnan ciertos requisitos para ser consideradas validas y finalmente se refiere al secuestro de personas, que generalmente lleva a su arresto.

Frente a la regla de la exclusión se ha desarrollado en la jurisprudencia estadounidense una atenuante a la misma, llamada la excepción de la buena fe, la cual pretende mitigar el repudio social que genera la exclusión de una prueba crucial para condenar a un criminal de renombre en el país. La misma consiste en que cuando se desarrolla un medio de prueba ilegal sin que la policía sepa que está violando la Cuarta Enmienda, debe admitirse el dato probatorio, al menos como indicio, dado que la regla de la exclusión resulta inútil en estos casos, por cuanto la exclusión de la evidencia no hará que el policía en el futuro varíe su conducta, ya que actuó creyendo que cumplía con su deber.

Bajo nuestro esquema constitucional, lo procedente es excluir el dato probatorio que resulta ser directamente ilegal, dado que la averiguación de la verdad real y el principio de justicia pronta y cumplida ceden en nuestro caso, frente a otros valores de orden constitucional, como lo es el principio de seguridad jurídica, el del debido proceso y la garantía de inviolabilidad de la defensa. La mayor controversia se da en torno a la prueba ilícita indirecta, y es sobre ésta que se han desarrollado distintas doctrinas que a continuación pasaremos a estudiar.

2. La prueba ilícita indirecta

Son “...las pruebas que sin configurar el corpus del quebrantamiento de la garantía, se han conseguido gracias a la vulneración de ésta, pruebas que se obtienen por efecto reflejo de las prohibidas.”³³⁸

Constituye aquella prueba que por sí misma es lícita, al haberse recabado, manipulado, procesado y valorado con respeto de las exigencias legales y constitucionales que la rodean, pero de la cual se tuvo noticia y se llegó a ella por medio de una prueba ilícita. Por ejemplo, el secuestro del arma homicida recabada gracias a la declaración del imputado obtenida mediante violencia.

En cuanto a su admisibilidad, se han desarrollado dos tendencias: aquellos que rechazan la prueba ilícita indirecta y la excluyen como dato probatorio susceptible de ser valorado y los que sí la admiten como prueba penal.

Dentro de los primeros tenemos la doctrina de la fruta del árbol envenenado, mientras que para la segunda tendencia encontramos la doctrina de la excepción de la fuente independiente, la teoría de la supresión hipotética de la prueba y la excepción del descubrimiento inevitable.

³³⁸ CORTÉS COTO (Ronald), PEREIRA PÉREZ (José M.) *op. cit.*, p. 5.

a) Doctrina de los frutos del árbol envenenado

En contraposición a la tesis que le otorga validez a las pruebas derivadas por efecto reflejo de las ilícitas, surge la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

*“Esta tesis postula el principio de que toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento de una norma constitucional, aun cuando lo sea por efecto reflejo o derivado, será ilegítima como el quebrantamiento que la originó. La exclusión de la prueba abarca no solo a la prueba en sí, sino al fruto de la misma. Esta tesis se fundamenta en la preponderancia que debe existir en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que no se lograría en forma efectiva si se le da validez al fruto de la violación constitucional.”*³³⁹

La Teoría del Fruto del Arbol Envenenado supone que cada vez que un medio probatorio originado en una violación constitucional o en un irrespeto de las exigencias legales, aporte elementos probatorios que permitan verificar los extremos de la imputación penal, resulta nulo no solo el acto productor sino que comprende todo medio de prueba que de él se derive, dado que de admitirse el fruto del quebranto, se estaría burlando la verdadera finalidad del principio del debido proceso, siendo que, lo que se estaría haciendo, es buscar a toda costa otro medio para justifica un fin.

³³⁹ CORTÉS COTO (Ronald), PEREIRA PÉREZ (José M.) *op. cit.*, p. 6.

El gran problema de esta doctrina, es el alto costo social que puede generar si se aplica en forma indiscriminada, dado que en virtud de la forma en que está concebido nuestro proceso penal, y en especial por el alto número de intervinientes, es muy propenso que se den alteraciones de algún tipo en la obtención, procesamiento o valoración de la prueba, lo cual haría inocuas un gran número de investigaciones criminales con el consecuente costo económico y repudio social.

b) La excepción de la fuente independiente

Según Cortés y Pereria *“Dado el costo social que la doctrina de los frutos del árbol envenenado causó en la sociedad estadounidense, se comienzan a introducir por parte de la Suprema Corte, algunas atenuantes a la regla, surgiendo así la excepción de la Fuente Independiente, que consiste en que si la Fiscalía logra demostrar que la evidencia alegada como contaminada fue producto de una fuente independiente (obtenida por otros medios distintos a los actos ilegales), la evidencia será admisible.”*³⁴⁰

La Teoría de la Fuente Independiente indica que si la prueba deriva de un acto violatorio de garantías constitucionales o formalidades procesales, pero también se origina en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior

³⁴⁰CORTÉS COTO (Ronald), PEREIRA PÉREZ (José M.) *op. cit.*, p. 8.

a la violación, la prueba sigue siendo válida, pues se desprendió de otro elemento y no necesariamente del acto violatorio.

Si bien esta doctrina surgió para mitigar los efectos de la teoría del fruto del árbol envenenado, lo cierto es que resulta muy difícil determinar con plena certeza si el dato probatorio se obtuvo en virtud de la prueba ilícita o verdaderamente es producto de una fuente independiente. Lo cual evidencia que el concepto de fuente independiente es un concepto jurídico indeterminado que podría generar roces de orden constitucional con derechos fundamentales de los sujetos procesales, verbigracia, con el principio de *indubio pro reo*.

c) La excepción del descubrimiento inevitable

En virtud de esta doctrina, si se logra demostrar que la prueba ilícita indirecta estaba a punto de descubrirse en forma casi inevitable, de acuerdo a las investigaciones que ya se estaban llevando a cabo por parte de la policía judicial y el fiscal, lo prudente es darle valor probatorio a dicha prueba y tomarla en cuenta al momento del dictado de la sentencia, ya que si suprimimos en forma hipotética la violación constitucional o legal que dio pie a que se obtuviera más rápidamente la evidencia, lo cierto es que ésta siempre se habría obtenido, nada más que en una forma un poco más tardía, por cuanto las investigaciones preliminares estaban a punto de arribar a la misma.

Al igual que la Doctrina de la Fuente Independiente, la del Descubrimiento Inevitable es totalmente indeterminada y presenta grandes dificultades probatorias, ya que a partir de qué elementos de juicio podrá establecer el juez si efectivamente la investigación estaba a punto de arribar, o no, a la obtención de esa evidencia.

d) La teoría de la supresión hipotética de la prueba

Es quizás la más consolidada hoy día por parte de los Tribunales de Justicia. Con base en ella, la prueba ilícita indirecta debe ser excluida del elenco probatorio, únicamente si suprimida hipotéticamente, afectaría en forma significativas las conclusiones a las que ha arribado el juzgador en su sentencia.

En este sentido, ha dicho la Sala Tercera de la Corte: *“No obstante lo anterior, esta Sala estima que la consideración de dichos elementos de prueba por parte del a quo no vicia la legitimidad de la amplia fundamentación extendida en la sentencia impugnada, toda vez que ésta no depende en forma decisiva de la información obtenida a través de las mencionadas intervenciones telefónicas. Como se dijo anteriormente, el reclamo formulado por el recurrente depende del voto decisivo de estos elementos probatorios. Sobre esta cuestión apunta la doctrina que para apreciar la decisividad de la prueba eliminada, el Tribunal de Casación debe acudir al método de la supresión hipotética: una prueba será decisiva, y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando –si*

*mentalmente se le suprimiera– las conclusiones hubieran sido necesariamente distintas.*³⁴¹

La esencialidad de la prueba se denota en el razonamiento elaborado por el juez, en el sentido de que la prueba suprimida en forma hipotética constituía una de las premisas de dicho razonamiento. De esta forma, debe tomarse muy en cuenta el tipo de razonamiento elaborado al momento de determinar la exclusión de la prueba ilícita indirecta con base en la teoría de la supresión hipotética, dado que no es lo mismo aplicar dicha teoría a un razonamiento inductivo que a uno deductivo.

En el razonamiento inductivo las premisas se suman para obtener una conclusión probable, por lo que si se suprime en forma hipotética una de las premisas, existirán otras que permiten seguir sustentando la conclusión, únicamente que con menor grado de convencimiento jurídico. Es por esta razón que la jurisprudencia ha indicado que en este caso no es necesario excluir la prueba ilícita indirecta.

Por su parte, en el razonamiento deductivo, las premisas son indispensables para fundamentar una conclusión necesaria, por lo que si se suprime una de las premisas, no es posible obtener una conclusión válida. En este caso, si la prueba

³⁴¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 47 de las 11 hr. del 23 de enero de 1992.

ilícita indirecta conforma una de las premisas, dicha prueba resulta ser decisiva, y por ende debe excluirse.

En el fondo esta teoría resulta ser una posición ecléctica entre los que rechazan la prueba ilícita indirecta y los que sí la admiten, aunque es de resaltar que deja de lado la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y de difícil sustento probatorio, como lo es la fuente independiente o el descubrimiento inevitable.

Su ámbito de aplicación se centra en el razonamiento del juzgador y en el carácter que tenga la prueba dentro de dicho razonamiento, por lo que la aplicación de la teoría de la supresión hipotética sugiere el conocimiento de la lógica jurídica.

C. Aplicación Jurisprudencial

Lo primero que se debe indicar al desarrollar el trato jurisprudencial del tema de la prueba ilícita en Costa Rica, es que no ha existido uniformidad en el criterio a seguir, siendo que en unas oportunidades se ha excluido en forma tajante dicha prueba del elenco probatorio, fundados en la teoría del fruto del árbol

envenenado,³⁴² mientras que en otras ocasiones se ha admitido la prueba en consideración de la excepción de la fuente independiente o en la teoría de la supresión hipotética.³⁴³

En este sentido, según expone el autor Salinas Durán, la Sala Tercera de la Corte en sus diversos pronunciamientos no ha observado una posición uniforme en cuanto a la prueba ilícita se refiere, llegando a la conclusión de que es a la luz del caso concreto en que se produce el rechazo o la admisibilidad de las probanzas que así fueren obtenidas.³⁴⁴

En el mismo sentido, la Sala Constitucional tampoco ha dado un tratamiento uniforme al tema de la prueba ilícita, pues en forma análoga a la Sala de Casación Penal, ha propugnado diversas tesis, desde el rechazo absoluto siguiendo la teoría de los frutos del árbol envenenado, hasta su validez basada en la excepción de la fuente independiente y aún otorgando valor a las pruebas derivadas del quebranto constitucional.

³⁴² "Si bien, el juicio de convicción debe sustentarse en el contenido de las pruebas, a éstas no se les puede asignar esa única finalidad sino también la de ser garantía de realización de un proceso justo, eliminando la arbitrariedad judicial. El derecho fundamental de presunción de inocencia requiere para su desvirtuación una actividad probatorio obtenida respetando los derechos fundamentales." Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 806 – 97 de las 12 hr. 24 m. del 6 de febrero de 1997.

³⁴³ "Sin embargo, en el presente caso, el recurrente no alcanza a demostrar que la prueba omitida sea determinante para el pronunciamiento, por lo que, aunque se recurra a la inclusión mental hipotética, las conclusiones a las que arribó el juzgador permanecen incólumes. Es decir, se trata de prueba que no influye de modo decisivo en la fundamentación del fallo." Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 35, de las 14hr. 20m del 29 de enero de 1992.

³⁴⁴ SALINAS DURÁN (Edwin), Valoración de la prueba ilícita por el juez penal. Revista Judicial, San José, año XXII, No. 71, abril de 1998, p. 43.

La misma Sala Constitucional ha reconocido en el voto 1739-92, sus variaciones de criterio en esta materia, tratando a su vez de establecer un norte a seguir en lo que a la prueba ilícita se refiere. En esa oportunidad la Sala expresó: *“Lo último dicho plantea, por cierto, un tema difícil, que aparece en el meollo del caso motivo de esta consulta, a saber, de la prueba ilegítima, su tratamiento formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penales y constitucionales no alcanzan todavía consenso. Sin embargo, ya esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí -sobre lo cual no parecer haber ninguna discusión-, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto que hayan sido obtenidas por su medio. Las diferencias entre la mayoría y la minoría de la Sala han sido más bien del matiz y del grado atribuidos al dicho principio de supresión hipotética, por lo que puede decirse que éste es el criterio respaldado por el valor vincular erga omnes de los precedentes y jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, ordenado por el artículo 13 de su Ley -en este sentido, ver, por todas, por ejemplo las sentencias Nos. 802-90, 1298-90, 1345-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91, entre otras muchas-.”*³⁴⁵

³⁴⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.

De esta forma, podría afirmarse que la tendencia a partir del voto antes citado, ha sido la de inclinarse por la teoría de la supresión hipotética de la prueba, al menos a nivel de Sala Constitucional, lo cual viene a fijar una mayor seguridad jurídica ante la incertidumbre que genera tanta variación jurisprudencial y doctrinaria.

No obstante, aún así, es muy cuestionable la aplicación jurisprudencial del tema de la prueba ilícita, por cuanto ha sido casi a la luz del caso concreto, que nuestros tribunales de justicia han optado por admitir, o no, la prueba ilegítima, aplicando una y otra teoría.

Tal variación jurisprudencial pone en entredicho el carácter científico del análisis jurídico de la prueba ilícita en Costa Rica, lo cual impone la necesidad de apegarnos a una doctrina y ser consecuentes con nuestro esquema constitucional, misma que creemos debe consistir en el rechazo absoluto de la prueba ilícita directa y en la aplicación de la teoría de la supresión hipotética para la prueba ilícita indirecta.

Sección II: Posibilidad de conceptualizar la violación de la cadena de custodia como fuente de ilicitud de la prueba

A. El artículo 181 del Código Procesal Penal

Dispone el artículo 181 del Código Procesal Penal:

“Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de este Código. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas.”³⁴⁶

El enunciado del párrafo primero constituye la regla general en materia de validez probatoria, mientras que el segundo párrafo establece prohibiciones probatorias que viene a constituirse en límites al principio de libertad de los medios de prueba.

En el párrafo primero de dicho numeral se prevén los dos supuestos que pueden tornar en ilícita la prueba, ellos son:

1. La utilización de medios probatorios prohibidos.
2. La incorrecta incorporación al procedimiento del material probatorio incautado.

En cuanto a los medios de prueba, hemos indicado que en material penal rige el principio de libertad probatoria, en virtud del cual todo puede ser probado y por cualquier medio, salvo prohibición expresa. A su vez, hemos visto como la doctrina

³⁴⁶ Código Procesal Penal, art. 181.

tradicional define la prueba ilícita en función de los medios probatorios, dejando de lado en nuestro caso el segundo supuesto que prevé la norma, por lo que se hace necesario hacer uso del concepto amplio de prueba ilícita.

La utilización de medios probatorios prohibidos, debe ser entendido en una forma amplia y no limitarnos a los indicados en forma expresa en la Constitución o en la ley procesal, como los que señalan el párrafo segundo del artículo 181, por cuanto a partir de la concepción amplia de la prueba ilícita, toda violación a las garantías constitucionales o a las formalidades procesales que causen indefensión, tornan ilegítima la prueba, siendo que, si se lleva a cabo un medio de prueba que aunque no esté prohibido, sí vulnere los derechos fundamentales o la formalidades procesales que los instrumentalizan, dicho medio tornaría en ilícita la prueba.

Es común escuchar que la violación de la cadena de custodia torna en ilícita la prueba, pero la incongruencia de tal afirmación se daría si, en forma conjunta, se sostiene el concepto restringido de prueba ilícita; en otras palabras, si se afirma que la prueba ilícita es únicamente la obtenida a través de medios de prueba prohibidos, no sería posible sostener que la violación de la cadena de custodia es fuente de ilicitud probatoria, por cuanto ésta no es un medio de prueba.

Por el contrario, si se sostiene el concepto amplio, sí es posible establecer que la violación de la cadena de custodia de la evidencia convierte a la prueba penal

en ilícita, dado que, como hemos visto, la cadena de custodia involucra, entre otras cosas, el procedimiento a seguir para incorporar el material probatorio al proceso penal, que es precisamente el segundo supuesto del párrafo primero del artículo 181.

La indicación que hace la norma, de que las pruebas deben ser incorporadas al proceso conforme a las disposiciones del Código, también debe ser entendida en forma amplia, siendo que por ella se hace referencia al respeto que se debe seguir de las formalidades procesales que sirven de garantía a los distintos actos de orden investigativo o jurisdiccional y que llevan a cabo los partícipes del proceso que de una u otra forma manipulan la evidencia. De esta manera, tal expresión abarca desde las formalidades de un acta de secuestro, hasta la cadena de actuaciones que se consignan en la evidencia para indicar los despachos judiciales a los que ha sido remitida, dado que, todas ellas son exigencias del Código para lograr la correcta incorporación de la evidencia al proceso.

Cuando la expresión del párrafo primero del artículo 181 indica la correcta incorporación de la evidencia al “procedimiento” como requisito de validez probatoria, debe entenderse que la exigencia va referida a la incorporación de la evidencia al debate, o al menos, que su significado se haya desprendido en forma legítima (verbigracia, mediante un anticipo jurisdiccional de prueba) y sea presentado al juicio oral en forma documental, separado de la evidencia, pero susceptible de ser valorado en sentencia. Esto por cuanto, si únicamente sirven

para fundamentar el fallo, las pruebas que han sido valoradas en juicio, lo lógico es pensar que la intención del legislador era que la evidencia fuese incorporada correctamente hasta la etapa de debate, y no que su debida incorporación se limitara hacerla llegar al fiscal o al juez en la etapa preparatoria, dado que no se cumpliría con la finalidad de la prueba, a saber, esclarecer los extremos de la imputación delictiva.

B. Fundamentación lógica

Sostenemos en esta investigación que el quebranto de la cadena de custodia de la evidencia convierte a la prueba penal en ilícita, expresión que si bien para algunos puede resultar una verdad de perogrullo, lo cierto es que requiere toda una fundamentación lógica y jurídica que permita sustentarla.

Para poder establecer dicha expresión como una regla jurídica, es necesario adoptar el concepto amplio de prueba ilícita, instrumentalizado en el segundo supuesto que prevé el párrafo primero del artículo 181 del Código Procesal Penal.

Tomando en cuenta ese segundo supuesto como premisa mayor, sí resulta posible afirmar que la violación de la cadena de custodia torna la prueba penal en ilícita, dado que tal afirmación no es otra cosa mas que la conclusión de un razonamiento elaborado como silogismo categórico y establecido de la siguiente forma:

- Premisa mayor: “La prueba penal obtenida o tramitada con violación de garantías constitucionales y normas legales es ilícita”.
- Premisa menor: “La cadena de custodia de la evidencia es un trámite en el manejo de la prueba penal cuyo quebranto viola a su vez garantías constitucionales y normas legales”.
- Conclusión: “El quebranto de la cadena de custodia de la evidencia convierte a la prueba penal en ilícita”.

Todo M es P
Todo S es M
Todo S es P

M: Obtención y trámite de la prueba penal que viola garantías y normas legales.

P: Prueba penal ilícita.

S: Quebranto de la cadena de custodia de la evidencia. (referido sólo al trámite de la prueba penal y no a la obtención)

El enfoque que se le pretende dar al quebranto de la cadena de custodia resulta ser totalmente novedoso, si se parte del hecho de que la prueba ilícita ha sido analizada por los autores, en la mayoría de los casos, como el efecto de un medio de prueba ilícito (por ejemplo, un allanamiento ilegal).

Mientras que con tal afirmación lo que se pretende es dejar de lado ese concepto tradicional, y extender el concepto de prueba ilícita a todo aquel quebranto de garantías constitucionales (debido proceso y necesaria

demostración de culpabilidad por ejemplo), o bien, normas legales (verbigracia, cadena de custodia de la evidencia).

La variación doctrinal no pareciera ser muy impertinente, si se parte del hecho de que todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso se convierten automáticamente en violaciones constitucionales, como lo ha afirmado la Sala Constitucional³⁴⁷.

Visto desde otro punto de vista, lo que se pretende es resaltar la importancia del trámite procesal adecuado en el manejo de la evidencia, (contemplado dentro de éste la cadena de custodia de la evidencia física) y no enfocar toda el análisis jurídico únicamente a la obtención de esa prueba, como se ha hecho tradicionalmente.

De ahí la importancia de la premisa mayor del silogismo, la cual, como se sabe, es una norma de la experiencia o máxima jurídica a la cual se le somete en estudio la premisa menor (caso concreto), a fin de llegar, mediante deducción (de lo general a lo particular) a una conclusión necesaria y no probable como sucede en la inducción.

Esta premisa mayor destaca dos supuestos de ilicitud de la prueba penal: la obtención y el trámite, bien sea, que se hayan violado garantías constitucionales o

³⁴⁷ Véase GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), *Justicia Constitucional y Debido Proceso*, op. cit., p. 83.

normas legales. Sin embargo, es curioso como el estudio del tema de la prueba ilícita se ha inclinado en la mayoría de los casos hacia la obtención del indicio, cuando lo cierto es que tanto la obtención como el trámite hacen dudar del nexo de causalidad (imputación objetiva) entre el hecho delictivo, la víctima, el sospechoso y la prueba en su contra, lo cual no permitiría llegar al grado de certeza necesario para emitir un fallo condenatorio.

Según las disposiciones normativas del actual Código Procesal Penal, específicamente del párrafo primero del artículo 181, resulta posible afirmar que en Costa Rica la violación de la cadena de custodia de la evidencia convierte a la prueba penal en ilícita, haciendo la salvedad de la posibilidad procesal que existe de convalidar los vicios sobre dicha prueba si se trata de defectos relativos y han sido alegados en forma oportuna.

CAPÍTULO TERCERO: Regulación normativa y aplicación práctica.

Además de las disposiciones del nuevo Código rector en materia procesal penal que han sido señaladas y que tiene estrecha vinculación con la cadena de custodia, la nueva normativa resulta innovadora en algunos aspectos procesales, como es el caso de la llamada actividad procesal defectuosa, la cual resulta de aplicación al tema en estudio.

A su vez, antes de la promulgación del nuevo Código, ya existían regulaciones normativas que exigían el resguardo de la evidencia, tal es el caso del anterior Código Procesal Penal y de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, las cuales por su interés como antecedente requieren un breve señalamiento.

Todo el análisis doctrinario, jurisprudencial y legal que se haga, resulta de interés jurídico si se confronta con su aplicación práctica, que es la verdadera fuente material de conocimiento para determinar las disfunciones que operan en un sistema de administración de justicia.

En razón de lo anterior, este capítulo se dedicará en una primera sección al estudio comparativo de los antecedentes legales de la cadena de custodia de la evidencia antes de la promulgación del actual Código Procesal Penal.

En la segunda sección, se analizará la relación existente entre la cadena de custodia y la actividad procesal defectuosa. Se tomará en cuenta la aplicación práctica del tema en estudio a partir de algunas resoluciones de Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en los años de 1999 al 2001, tratando de puntualizar disfunciones del sistema.

Sección I: Antecedentes

A. Disposiciones del Código de Procedimientos Penales

Como bien lo ha señalado Hernández Ramírez,³⁴⁸ la normativa que regula el manejo de la prueba, contenida tanto en el Código de Procedimientos Penales como en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y que hoy se extiende al actual Código Procesal Penal, contempla únicamente, aspectos generales para asegurar la evidencia, lo cual es razonable si se parte de la naturaleza de un Código Procesal, mismo que debe regular muchos institutos, haciéndose casi imposible la regulación particular de alguno de ellos; menos aún de la cadena de custodia de la evidencia, que ha sido tema de poco interés por nuestros operadores del derecho, como ya lo había señalado la Sala Tercera de la Corte en su oportunidad.

³⁴⁸ HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo), *op. cit.*, snp.

Pero tal comprensión no pareciera extenderse a la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, ya que por su naturaleza debería enfocarse más afondo en el tema del resguardo de la evidencia, por ser ésta una de las atribuciones que le confiere tanto el Código de rito como la misma ley a la policía judicial; no obstante ello, se mantiene su carácter simplista y poco sistematizado del tema en estudio.

El anterior Código de Procedimientos Penales ya contenía normas tendientes a regular la situación del resguardo de la evidencia, así por ejemplo, el artículo 161 al regular las funciones de la policía judicial, disponía que era un deber del órgano represivo “... *reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento*”. Esta misma disposición se repite en la actual normativa, artículo 285 del Código, y constituye el antecedente de la contradicción que hoy evidenciamos entre las funciones de reunión, aseguramiento y disposición científica, con las de conservación, previstas en el artículo 286 del actual Código Procesal Penal.

En efecto, pese a que el artículo 161 del Código de Procedimientos Penales, pareciera conferirle facultades de manipulación de la evidencia a la policía judicial por iniciativa propia, el artículo 164 de ese mismo cuerpo legal establecía, dentro de las atribuciones del órgano represivo, las siguientes:

“Los oficiales de la Policía Judicial tendrán las siguientes atribuciones:

1)(...);

2) Cuidar que el cuerpo y los rastros del delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar el juez o el agente fiscal;

3) Si hubiere peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica. ”³⁴⁹

Existe una evidente contradicción, misma que se repite en el actual Código Procesal Penal, (artículos 285,286), ya que como se ha indicado, son incompatibles las funciones de manipulación mutuo propio, con las atribuciones de conservación, que en el caso del artículo 164 citado, son aún más evidentes, por cuanto se hace referencia expresa al deber de esperar la llegada del juez o del fiscal.

En este sentido, se considera más adecuada la literalidad del artículo 164 (actual 286) del Código y creemos que la aplicación del numeral 161 se limita a los casos de suma urgencia, en los que la demora de la autoridad competente podría comprometer los fines de la investigación.

³⁴⁹ Código de Procedimientos Penales, art. 164.

Incluso se considera más adecuada la redacción del artículo 164, respecto a su homólogo 286 del actual Código, ya que hoy día únicamente se establece el deber de conservación del cuerpo y demás efectos del delito hallados en la escena del crimen, mientras que según la anterior redacción, ese deber se extendía hasta la llegada del juez o del fiscal, lo cual hacía ver que el manejo de la escena del crimen se supeditaba en un todo a la autoridad competente, como ya hemos venido señalando.

En cuanto al desarrollo de los distintos medios de prueba, se establecía el deber de inventariar y asegurar los efectos secuestrados (artículo 218 del Código de Procedimientos Penales), así como la posibilidad de obtener reproducciones de los mismos en caso de que pudiesen desaparecer o alterarse. Estos mismos deberes y facultades se mantiene en el artículo 199 del nuevo Código Procesal Penal, pero su redacción es más omisa, ya que en el numeral 218 se establecía que las cosas secuestradas deberían además asegurarse con el sello del tribunal y con la firma del juez y secretario, debiéndose firmar los documentos en cada una de sus hojas. Hoy día este deber no está previsto en el Código, por lo que se afecta la etapa de identificación de la cadena de custodia.

Un punto importante, lo es en cuanto al desarrollo de las pericias. En este caso el anterior Código de Procedimientos Penales disponía en el artículo 246:

“Tanto el juez como los peritos procurarán que las cosas por examinar sean en lo posible conservadas, de modo que el peritaje pueda repetirse.

Si fuere necesario destruir o alterar los objetos analizados o hubiere discrepancia sobre el modo de conducir las operaciones, los peritos deberán informar al juez antes de proceder.”³⁵⁰

Esta disposición no aparece en el articulado del nuevo Código, y constituye una omisión significativa en lo que se refiere al manejo procesal final de la evidencia. Así, lo correcto es siempre tratar de mantener muestras que permitan la repetición del peritaje, ya sea porque éste ha sido impugnado por las partes o porque han surgido nuevos temas por analizar. En caso en que no se puedan conservar tales muestras y sea necesaria la destrucción total del indicio incautado, el acto se convierte en definitivo e irreproducible, por lo que debe desarrollarse conforme a las regulaciones del anticipo jurisdiccional de prueba.

En todo caso, lo prudente para el adecuado manejo de la cadena de custodia, es que el perito tenga instrucciones precisas de que hacer con la evidencia, lo cual aconseja como mínimo, un numeral en el Código de rito que establezca una regla general a seguir, por ejemplo el informar a la autoridad competente de la destrucción total de la evidencia; regla que se hecha de menos en la nueva normativa.

³⁵⁰ Código de Procedimientos Penales, art. 164.

Tal omisión se ha pretendido subsanar mediante directrices emanadas por parte del Consejo Superior de la Corte,³⁶¹ pero lo cierto es que sería recomendable su regulación a nivel legal.

Finalmente, el artículo 400 del Código de Procedimientos Penales, es consecuente con la nueva normativa (artículo 369) en lo que se refiere a los efectos procesales de la violación de la cadena de custodia de la evidencia, siendo que para ambos, es nula la sentencia que se base en medios o elementos probatorios esenciales no incorporados legalmente al debate; lo que aplicado al concepto amplio de la prueba ilícita, en relación con el párrafo primero del artículo 181, nos lleva a la violación de la cadena de custodia de la evidencia.

La base normativa del actual Código Procesal Penal en lo que al resguardo de la evidencia se refiere no es novedosa, sino que se apoya en las regulaciones del anterior Código de Procedimientos Penales, siendo que incluso presenta omisiones significativas para la cadena de custodia, como es el caso de los peritajes.

B. Normativa de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial

La Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, regula también en forma general la situación de la cadena de custodia de la evidencia. Incluso lo

³⁶¹ Véase supra "Evidencia que debe ser destruida".

hace en forma reiterativa, según las normas del Código Procesal Penal, y así por ejemplo, en lo que atañe a las funciones de la policía represiva en cuanto a la conservación, acopio, manipulación y procesamiento de la evidencia, comete los mismos errores del anterior Código de Procedimientos Penales y del actual Código de rito.

Dispone de esta forma en el artículo 3, que la Policía Judicial, por iniciativa propia, procederá a reunir, asegurar y ordenar científicamente las pruebas y demás antecedentes necesarios para la investigación. Seguidamente se establece en el artículo 4, que el Organismo de Investigación Judicial tendrá, entre otras, la función de cuidar que se conserve todo lo relacionado con el hecho punible y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar la autoridad competente. Mientras llega al lugar de los hechos la respectiva autoridad, los miembros del Organismo practicarán las diligencias técnicas de su incumbencia que consideren necesarias para el éxito de la investigación.

Se incurre en la contradicción de atribuirle facultades de manipulación mutuo propio a la policía judicial, al mismo tiempo que se afirma que es su deber cuidar los rastros y efectos del delito hasta tanto no llegue la autoridad competente al lugar de los hechos.

En el mismo artículo 4 se hace referencia a la etapa de localización y fijación de la evidencia, cuando se le atribuye a este cuerpo policial el deber de hacer

constar el estado de las personas, cosas y lugares, mediante los exámenes, inspecciones, planos, fotografías y demás operaciones técnicas aconsejables.

Este numeral también hace referencia a la etapa de extracción de la evidencia, cuando dispone que el organismo de investigación judicial procederá a recoger todas las pruebas y demás antecedentes que tengan importancia para el caso. No obstante, si analizamos la ubicación de esta potestad en el artículo 4 de la ley, en contraposición con lo que dispone el numeral 3, es claro que la posibilidad legal de que la policía judicial ordene por iniciativa propia la extracción de la evidencia está limitada a los casos de suma urgencia, ya que para ello se prevé en primer término que éste órgano auxiliar espere la llegada de la autoridad competente, y así, una vez que se cuente con la orden judicial, sí es posible proceder a la manipulación del dato probatorio.³⁵²

Su participación en el desarrollo de los distintos medios de prueba también se encuentra prevista en la ley, y para ello se dispone que es su deber proceder a los registros, allanamientos y requisas que fueren necesarias para la buena marcha de las investigaciones, con las formalidades que prescribe el Código Procesal Penal.³⁵³

³⁵² Esta misma conclusión se extrae de la lectura del artículo 5 de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, cuando dispone que la Policía Judicial inmediatamente después de que tenga noticia de la comisión de un delito se trasladará sin demora alguna, al lugar del suceso, y dará aviso a la autoridad judicial competente; procediendo luego a la recolección del material probatorio.

³⁵³ Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, art. 4 inciso 12.

La última frase es de suma importancia y justifica la participación del juez o el fiscal en el desarrollo de los distintos medios de prueba, por lo que es de suponer que la policía judicial, a fin de no frustrar los resultados del juicio, espere en todo caso la llegada de la autoridad competente, misma que le servirá de garantía procesal para justificar su actuar técnico.

Lo que sí se puntualiza, es la etapa de identificación de la evidencia, al menos en la fase de obtención del indicio. Así, el artículo 9 de la ley establece que los elementos de prueba deberán ser individualizados y asegurados, para efectos de garantizar la veracidad de lo que hacen constar, por medio de una razón que indique lugar, día, hora y circunstancias en que se obtuvieron, firmada por el funcionario o funcionarios responsables de su obtención, y debidamente sellada. En casos especiales serán, además, asegurados con lacre.

Las demás etapas de la cadena de custodia de la evidencia se echan de menos en la ley, y como se nota, el trato legal de las etapas que sí se prevén es muy superficial, por lo que podría afirmarse que la regulación legal del tema en Costa Rica es insuficiente, lo cual no hace más que reafirmar la expresión de la Sala Tercera de la Corte de que en nuestro sistema de administración de justicia penal nos hemos preocupado muy poco por garantizar el resguardo de la evidencia.

C. Régimen sancionatorio

Además de las consecuencias civiles, administrativas o laborales que puede acarrear la violación de la cadena de custodia de la evidencia, tanto a nivel nacional como internacional se ha reconocido el quebranto en la custodia de la evidencia como un hecho delictivo.

En efecto, el artículo 313 del Código Penal sanciona con prisión de seis meses a cuatro años el delito de violación de la custodia de cosas, disponiendo lo siguiente:

“Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años, el que sustrajere, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona, en el interés del servicio público.”³⁵⁴

Resulta muy importante dicho numeral a efectos de definir las circunstancias contaminantes de la evidencia, dado que la amplitud de los verbos típicos empleados permiten encajar un gran número de conductas. Por ejemplo, resulta novedoso el verbo “ocultar” como agente contaminante, ya que si bien, con el simple hecho de esconder la evidencia no se altera o sustituye su significado, lo cierto es que al no poder ser valorada, se producen los mismos efectos que si el

³⁵⁴ Código Penal, No. 4573 de 4 de mayo de 1970, publicado en La Gaceta No. 257 de 15 de noviembre de 1970.

dato probatorio hubiese sido alterado, sea, existe imposibilidad legal de valorarlo como prueba en el fallo.

El artículo habla de objetos destinados a servir de prueba, lo cual reafirma nuestra expresión de que durante el desarrollo del proceso, lo que se da es la custodia de la evidencia y que únicamente después de que se valora el dato probatorio en juicio, inicia la cadena de custodia de la prueba.

Destacan los conceptos de “funcionario” y de “servicio público” dentro de los elementos del tipo penal, no obstante, en lo que respecta al sujeto activo, no es necesaria la condición de funcionario publico, tan destacada en otros tipos penales, dado que el artículo habla de funcionarios u “otras personas”, lo cual genera un grado de indeterminación bastante amplio.

En realidad, el concepto determinante es el de servicio público, dado que el fin que se persigue es reprimir las conductas que contaminan evidencia sujeta a custodia por parte del servicio que brindan los órganos encargados de administrar justicia penal. De esta forma, comete este delito tanto el juez que ordena destruir la evidencia antes de haber sido analizada, como el escribiente que sustrae el dato probatorio del despacho. Lo que interesa es que existe el conocimiento y voluntad de eliminar evidencia que en juicio podría ser la base de una sentencia de condena o absolución.

Por otro lado, el numeral 24 de la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, sanciona con prisión de uno a tres años *“... al funcionario que no observe las formalidades ni los requisitos prescritos en esta Ley, al ordenar o practicar un secuestro, un examen, un registro de documentos o una intervención de comunicaciones.”*³⁵⁵

Se aprecia así que los requisitos de orden legal tienden a ostentar una mayor protección jurídica, pero cabría preguntarse acerca de las formalidades de orden técnico que comprenden la cadena de custodia de la evidencia, ya que, al no estar la gran mayoría contempladas en la ley, dejarían de formar parte de la descripción típica que se sanciona.

Esto sin duda alguna reafirma la idea de que el trato legal del tema es insuficiente y hace necesaria la sistematización legal de los pasos que comprende la cadena de custodia de la evidencia no sólo desde el punto de vista jurídico sino técnico.

El numeral 64 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades conexas, también sanciona la violación de la cadena de custodia de la evidencia para este tipo de delitos, al dispone que se impondrá pena de prisión de tres a diez años

³⁵⁵ Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones., art. 24.

“...a quien altere, oculte, sustraiga o haga desaparecer los rastros, las pruebas o los instrumentos de esos delitos o cuando asegure el provecho o producto de tales actos... Si los hechos mencionados se produjeran por culpa del funcionario o empleado, se le impondrá pena de prisión de seis meses a tres años, y la inhabilitación para ejercer cargos públicos será por el mismo plazo.”³⁵⁶

Dicho tipo penal presenta una novedad importante para el tema en estudio, y es que sanciona la conducta culposa en el resguardo de la evidencia.

Lo común es que los funcionarios judiciales que alteraron la evidencia, hayan actuado en forma imprudente o negligente, - sin perjuicio del actuar doloso que se da en la práctica judicial – lo cual también es sancionado en el Código Penal en el artículo 314, cuando prevé y sanciona el delito de facilitación culposa.

Consideramos que la sanción del actuar imprudente o negligente en el manejo de la evidencia, debería encontrarse en todas las leyes que tengan que ver con el trato del material probatorio en sus distintas modalidades; tipo penal que se hecha de menos por ejemplo en la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones.

El artículo 70 de la Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional define como parte de la competencia de dicho Tribunal, los delitos

³⁵⁶ Ley sobre Estuperfacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades conexas, art. 64.

relacionados con la administración de justicia que impliquen, entre otros, el destruir o alterar las pruebas o el interferir en las diligencias destinadas a recabarlas.³⁵⁷

No omitimos en indicar, que el quebranto intencionado de la cadena de custodia, en lo que respecta al imputado, puede hacerlo merecedor de la prisión preventiva, ya que, dispone el artículo 241 del Código Procesal Penal, que a efectos de definir si en el caso concreto hay peligro de obstaculización, el juez debe ponderar la grave sospecha de que el imputado destruirá, modificará ocultará o falsificará los elementos de prueba.³⁵⁸

Sección II: Vigencia práctica

A. Cadena de custodia y su relación con la actividad procesal defectuosa

El Código Procesal Penal varió la nomenclatura y regulación legal del anterior régimen de nulidades por el de la actividad procesal defectuosa, a través del cual se pretende en forma muy sintética, dejar de lado la retroacción a etapas ya precluidas y por el contrario, instaurar mecanismos más ágiles y expeditos para conocer de los vicios procesales, como es el caso de la convalidación y el saneamiento.

³⁵⁷ O.N.U., Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado mediante Ley No. 8083 de 7 de febrero del 2001, publicado en La Gaceta No. 56 de 20 de marzo del 2001, art. 70.

³⁵⁸ Código Procesal Penal, art., 241.

Armijo Sancho, refiriéndose a la actividad procesal defectuosa nos dice: “*En ésta se parte de que quien contraviene o no observa una de las normas procesales, no comete un ilícito que amerite una sanción sino que lo que ocurre es que la acción en algunos casos será inválida y por ello no puede alcanzar su finalidad.*”³⁵⁹

La nulidad, según la concepción del anterior Código de Procedimientos Penales, era concebida como una sanción procesal que imponía irremediamente un regreso al “*status quo ante*”, lo cual era aprovechado en especial por la defensa para dilatar el proceso, siendo que el ejercicio de la defensa técnica se convirtió en el arte de interponer incidentes de nulidad, alegando la nulidad por la mera nulidad, sea sin existir perjuicio procesal alguno.

Tal aplicación práctica del régimen de nulidades implicaba concebir las formas procesales como un fin en sí mismo, lo cual atentaba contra los más elementales fines del proceso penal, como lo era el principio de la verdad real; y contra derechos fundamentales, como la garantía constitucional de una justicia pronta y cumplida.

³⁵⁹ ARMIJO SANCHO (Gilbert), *La actividad procesal defectuosa, Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, p. 518.

La nueva regulación parte de cinco principios:³⁶⁰

1. Principio de Especificidad. Según éste, los actos procesales son válidos en el tanto no sean cuestionados por los medios que la ley establece.

2. Principio de Trascendencia. Es el principal fundamento para descartar la nulidad por la mera nulidad, ya que estatuye que no hay invalidez de un acto procesal hasta tanto no se cause un perjuicio real y efectivo que deberá ser acreditado por la parte o constatado de oficio por el juez. De esta forma, el vicio solo tiene trascendencia en el tanto tenga un contenido, por ello no basta la simple infracción de la norma procesal, sino que es necesario que se le ocasione un perjuicio al interesado o que éste pueda ser subsanado.

3. Principio de Instrumentalidad o Finalista. Constituye un límite al saneamiento. Según este principio, cuando el acto irregular no modifique de ninguna manera el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados, éste debe subsistir como instrumento del proceso y alcanzar su finalidad, por cuanto las formas no constituyen un fin en si mismas, sino que son medios para lograr la administración de justicia penal.³⁶¹

4. Principio de Convalidación. Se encuentra establecido en el artículo 177 del Código Procesal Penal, según el cual, salvo el caso de los defectos absolutos, existen ciertos actos que se ven convalidados por la inercia del

³⁶⁰ ARMIJO SANCHO (Gilbert), *La actividad procesal defectuosa*, op. cit., pp. 528 – 533.

³⁶¹ Véase, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 456 de las 9 hr. 45 m. del 4 de noviembre de 1994.

afectado, al no alegar su saneamiento en forma oportuna, por la aceptación tácita o expresa del defecto y si el acto ha alcanzado su fin sin afectar derechos y facultades de los intervinientes.

5. Principio de Saneamiento. Establecido en los artículos 15 y 179 del Código de rito, constituye una expresión del principio pro sentencia enunciado por la Sala Constitucional en múltiples de sus resoluciones. Por él, el tribunal de oficio o a petición de parte, debe proceder a sanear los defectos formales que constate, confiriéndole a la parte infractora, si es del caso, un máximo de cinco días para proceder a subsanar el vicio. Los supuestos de saneamiento pueden consistir en la renovación del acto, la rectificación de un error o el cumplimiento del acto omitido, pero siempre bajo el entendido de que por ninguna circunstancia se puede retrotraer el proceso a etapas ya precluidas, salvo los casos del reenvió en materia de casación y revisión, por estar expresamente excepcionados por el Código.

Por disposición del artículo 175, el principio rector en materia de vicios procesales es la imposibilidad jurídica de valorar en sentencia los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en el mismo Código, salvo el caso de aquellos actos que se hayan convalidado o saneado.

La nueva normativa distingue entre defectos relativos y absolutos. Los relativos requieren de la protesta previa, la cual implica la descripción del defecto

una vez que éste se produce o inmediatamente después de que se tuvo conocimiento del mismo, junto con una proposición de enmienda. En caso de no alegarse en forma oportuna el saneamiento del acto, éste queda convalidado.

Precisamente ésta es otra de las características de los defectos relativos, y es que están sujetos a convalidación según los términos del artículo 177 del Código. Los defectos absolutos por su parte, no necesitan de la protesta previa, pueden ser advertidos incluso de oficio y no están sujetos a convalidación. Estos defectos son aquellos concernientes a:

1. La intervención, asistencia y representación del imputado en los casos y formas que la ley establece o los que impliquen inobservancia de derechos y garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la ley.
2. Al nombramiento, capacidad y constitución de jueces o tribunales.
3. A la iniciativa del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y su participación en el procedimiento.

De importancia es el hecho que tanto los defectos relativos como los absolutos pueden ser saneados, siempre que sea admisible la renovación, rectificación o cumplimiento del acto omitido, lo cual indica el Código, no puede significar de ninguna forma un retroceso a etapas ya precluidas.

Expuesta en forma general la regulación de la actividad procesal defectuosa, surge la pregunta ¿Qué tipo de defecto procesal constituye la violación de la cadena de custodia de la evidencia? Para responder esta pregunta debemos tomar en cuenta las siguientes premisas:

1. La violación de la cadena de custodia transgrede principios del debido proceso, como lo es el de legalidad y de legitimidad en el desarrollo de los medios prueba.

2. Según ha indicado la misma Sala Constitucional, todas las violaciones a la mera legalidad referidas al debido proceso se convierten automáticamente en violaciones constitucionales.

3. Esta misma Sala ha dicho que la violación de la cadena de custodia de una evidencia solamente es violatoria del debido proceso cuando ella se relaciona con un elemento esencial para la sentencia, en el sentido de que la ausencia de tal elemento de prueba torna imposible la atribución de un hecho al imputado.

4. No es posible valorar en una decisión judicial actos procesales llevados a cabo con inobservancia de la formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en el mismo Código. Estos actos a su vez son considerados defectos absolutos (artículo 178 inciso a) del Código Procesal Penal).

A fin de armonizar los preceptos legales con el desarrollo jurisprudencial en esta materia, si se constata que la violación de la cadena de custodia recae sobre un elemento esencial de la sentencia, se estaría frente a una violación del debido proceso, que es una garantía prevista en el artículo 39 de la Constitución Política y que por ende constituye un defecto absoluto.

El problema se da cuando la violación de la cadena de custodia no implica una infracción al debido proceso, pero sí pudo haber acarreado inobservancia de las formas o condiciones previstas en el Código Procesal Penal o en Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, dado que, por la amplitud del inciso a) del artículo 178, pareciera que aún así, el defecto es absoluto.

Así, por exclusión, la violación de la cadena de custodia de la evidencia implicaría un defecto relativo cuando, sin constituir una infracción al debido proceso, no se refiere a formalidades procesales previstas en la ley. Por ejemplo, los requisitos de las actas o la presencia de testigos en el desarrollo de algunos medios de prueba, son formalidades de rango legal, que podrían ser consideradas defectos absolutos, sin perjuicio de la posibilidad procesal de sanearlos. Pero las exigencias de la Corte Suprema de Justicia, relativas a la forma de remitir la evidencia al depósito de objetos, aunque podrían acarrear violación de la cadena de custodia, serían defectos relativos susceptibles incluso de convalidación.

Se determina así que las formalidades de orden jurídico que componen la cadena de custodia, tienden a ser consideradas con mayor facilidad defectos absolutos, mientras que las formalidades de orden técnico, por estar excluidas de la normativa, se inclinan más por los defectos relativos, salvo el caso en que la inobservancia de la formalidad técnica recaiga sobre un elemento de prueba esencial para la sentencia, pues en este caso hay una infracción a una garantía constitucional.

Esta posibilidad de concebir la violación de la cadena de custodia como un defecto absoluto o relativo, dependiendo de la naturaleza y magnitud del quebranto, ha sido avalada por la doctrina nacional, sin embargo debemos criticar el hecho de que no se hayan señalado lineamientos concretos para determinar cuando el vicio podría ser considerado un defecto absoluto y cuando un defecto relativo.

Al respecto se ha dicho: “Ante el supuesto de que en la investigación judicial los sujetos intervinientes en el manejo de la evidencia no respeten – ya sea en forma dolosa o imprudente – los procedimientos técnicos específicos, estaremos razonablemente en presencia de una actividad procesal defectuosa, cuya consecuencia procesal podría acarrear la conversión de esos indicios probatorios en prueba ilícita o espuria por la existencia de un defecto absoluto. Ante este vicio, no se requiere de la protesta previa, y puede ser alegado válidamente en cualquier momento del proceso, por tratarse de una lesión a una garantía constitucional del

imputado, como lo es el principio constitucional del Debido Proceso y de otros que se le derivan (por ej. el Derecho de Defensa, Legalidad de la prueba y Libertad Probatoria), que bajo el supuesto de ser irrespetados en cualquier momento del proceso y no advertidos debidamente, estarían aún inclusive sujetos al control por la vía del recurso de casación, ya que su violación – como se indicó – es insubsanable; sin embargo, debe indicarse que pueden presentarse defectos relativos o meramente procesales, que bien pueden ser saneados o convalidados mediante las formalidades que establece la ley procesal con ese fin, los cuales no necesariamente constituyen una lesión de una garantía fundamental.”³⁶²

B. Aplicación práctica

Una de las formas de estudiar el resultado práctico del tema de la cadena de custodia de la evidencia lo es a partir de la jurisprudencia. A través de ella se puede contemplar la visión y el conocimiento jurídico que se tiene del tema en estudio por parte de los litigantes, en relación con la aplicación que le dan nuestros tribunales de justicia.

De esta forma, se tomaron en cuenta como muestras, sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Casación Penal, comprendidas entre los años 1999 al 2001, todas relacionadas de una u otra con el tema de investigación. El objetivo es analizar la forma en que los

³⁶² CAMPOS CALDERÓN (Federico), op.cit., pp. 81,82.

recurrentes plantean un reclamo por violación a la custodia de la evidencia, cómo lo justifican, cuáles son las autoridades implicadas en el quebranto de la custodia de la evidencia, qué ha resuelto la Sala y el Tribunal y qué razones brinda para acoger o rechazar el motivo alegado.

1. Año 1999. Sala Tercera de la Corte

Para el año 1999 se tomó en cuenta una muestra de 19 sentencias en las que se alegó dentro de los motivos del recurso violación a la cadena de custodia de la prueba. De esas 19 causas, 12 correspondían a delitos relacionados con drogas, 5 al delito de homicidio y 2 al delito de robo.

Dentro de los motivos alegados tenemos los siguientes datos: en 13 oportunidades se alegó violación al debido proceso, en 4 ocasiones violación al derecho de defensa, 4 veces se alegó violación a las reglas de la sana crítica, 3 veces falta de fundamentación de la sentencia y en 2 oportunidades violación al principio de *indubio pro reo*. Es de señalar que la suma de los motivos alegados es mayor a la cantidad de la muestra por cuanto en varias oportunidades se alegaron en forma conjunta varios motivos por la misma razón, sea violación a la cadena de custodia de la evidencia.

Los fundamentos también fueron de la más variada índole; así, 3 veces el reclamo giró en torno a irregularidades con el levantamiento de las actas en el desarrollo de los distintos medios de prueba, en 3 ocasiones se alegó la ausencia

de la autoridad competente en el acto procesal que se llevaba a cabo, en 3 oportunidades se esgrimió el transcurso del tiempo como agente contaminante de la evidencia, también en 3 oportunidades se argumentaron errores técnicos en las fases de embalaje, identificación y transporte de la evidencia, 3 veces no se esbozaron en forma concreta argumentos y 4 casos corresponden a argumentos varios.

En cuanto a las autoridades involucradas en la supuesta alteración de la custodia de la evidencia tenemos: en 11 oportunidades se le imputó el error procesal a la policía judicial, en 1 oportunidad a la policía administrativa, 3 veces se dijo que la alteración o contaminación de la evidencia se produjo en los laboratorios, 5 veces se le recriminó el vicio al Ministerio Público y en 4 ocasiones se argumentó que la violación fue producto de la negligencia del juez.

De los 19 recursos planteados, resulta de interés que 6 de ellos no pasaron el estudio de admisibilidad que hace la Sala, con base en los requerimiento del numeral 445 del Código Procesal Penal y por ende, sólo en 13 ocasiones se entró a conocer del recurso.

Pero aún más interesante es que de los 19 recursos, 17 fueron declarados sin lugar y únicamente 2 fueron acogidos. Las razones brindadas por la Sala deben, de esta forma, separarse para los recursos declarados con lugar y para los que fueron desestimados.

De los dos recursos acogidos, uno fue planteado por el Ministerio Público, para el cual, en sentencia de primera instancia, el tribunal había fundamentado su fallo absolutorio, entre otras razones, en la violación de la cadena de custodia de la evidencia, lo cual es recurrido en casación por la Fiscalía y la Sala determina que tal violación no se dio, y que el tribunal de primera instancia incurrió en graves contradicciones en su fallo además de una ínfima fundamentación. En el otro recurso acogido, la Sala determinó que se habían incumplido las fases de embalaje, identificación y transporte adecuado de la evidencia, lo cual no podía ser subsanado con el simple testimonio de los miembros de la policía administrativa que precisamente eran los que las habían irrespetado.

En cuanto a los recursos desestimados, las razones también son muy variadas. De esta forma, en 3 oportunidades se acudió a la teoría de la supresión hipotética de la prueba, en 8 ocasiones se rechazó el reclamo porque a criterio de la Sala no se puntualizó o fundamentó adecuadamente en qué consistió la violación de la cadena de custodia, en 2 oportunidades la Sala hizo una reconstrucción documental de la custodia de la evidencia para concluir que no se dio violación alguna, 2 veces se dijo que la autoridad que practicó el acto sí contaba con suficientes facultades legales y técnicas para haber desarrollado la actividad procesal cuestionada y las otras dos últimas razones podríamos clasificarlas como varias.

2. Año 2000. Sala Tercera de la Corte

Para el año 2000 se tomaron en consideración 40 resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Los resultados en términos generales siguieron los mismos patrones que para el año 1999 y se resumen en el siguiente cuadro:

Jurisprudencia – Año 2000				
Total	Tipo de delito	Motivo	Fundamento	Autoridad
40	Drogas (26)	Debido Proceso (16)	Actas (4)	Policía Judicial (12)
	Homicidio (4)	Derecho de Defensa (3)	Autoridad Competente (10)	Policía Adm. (2)
	Robo (5)	Sana crítica (3)	Transcurso del Tiempo (2)	Laboratorios (1)
	Quiebra Fraudulenta (1)	Falta de fundamentación (8)	Embalaje, Identificación	Minist. Público. (2)
	Estafa (1)	Prueba ilícita (4)	Transporte (6)	Juez (6)
	Uso de Doc. Falso (1)	Actividad Procesal Defectuosa (1)	No se puntualiza (10)	Tercero (3)
	Violación (2)	Violación - Cadena de Custodia (6)	No se valoró la C.C.* (2)	No se concreta (14)
		No se indica (3)	Otros (6)	
Admisibilidad	Sentencia	Razones (Sin lugar)		
Admisible (29)	Con lugar (2)	Sí se contaba con facultades legales ** (1)		
Inadmisible (11)	Sin lugar (38)	No se valoró la violación de la cadena de custodia (1)		
		Supresión Hipotética (6)		
		No puntualiza o fundamenta (10)		
		Reconstrucción documental (7)		
		Sí tenían potestades legales (2)		
		Violación ínfima de la C.C.* (2)		
		Participó el Juez como garante (5)		
		Otros (6)		

* C. C. (cadena de custodia)

** Recurso interpuesto por el Ministerio Público

En cuanto al tipo de delito, se mantiene el predominio de los delitos relacionados con drogas. De igual forma, predomina la garantía constitucional del debido proceso como principal motivo alegado, no obstante, llama la atención de que los recurrentes hicieron uso de motivos menos tradicionales como la impugnación de la sentencia por haber valorado prueba ilícita, o incluso la misma violación de la cadena de custodia como motivo principal.

Los fundamentos alegados también no varían, pero sí es muy importante tomar en cuenta el número de oportunidades en que no se concretizó en qué consistía la violación de la cadena de custodia de la evidencia, siendo que para esos casos únicamente se alegó en forma genérica tal violación, sin definir la etapa ni el factor contaminante del indicio material.

Lo mismo sucede con la indicación de la autoridad judicial responsable del irrespeto de la custodia de la evidencia, dado que en un alto número de ocasiones tal señalamiento no se desprende de los términos de las sentencias analizadas, lo cual podría restarle peso a la argumentación.

Las omisiones señaladas evidentemente repercutieron en la resolución de la Sala, y de ahí el alto número de sentencias rechazadas por la falta de fundamentación del motivo alegado, lo cual impide al honorable Tribunal entrar a conocer del reclamo y mucho menos analizar las etapas de la cadena de custodia

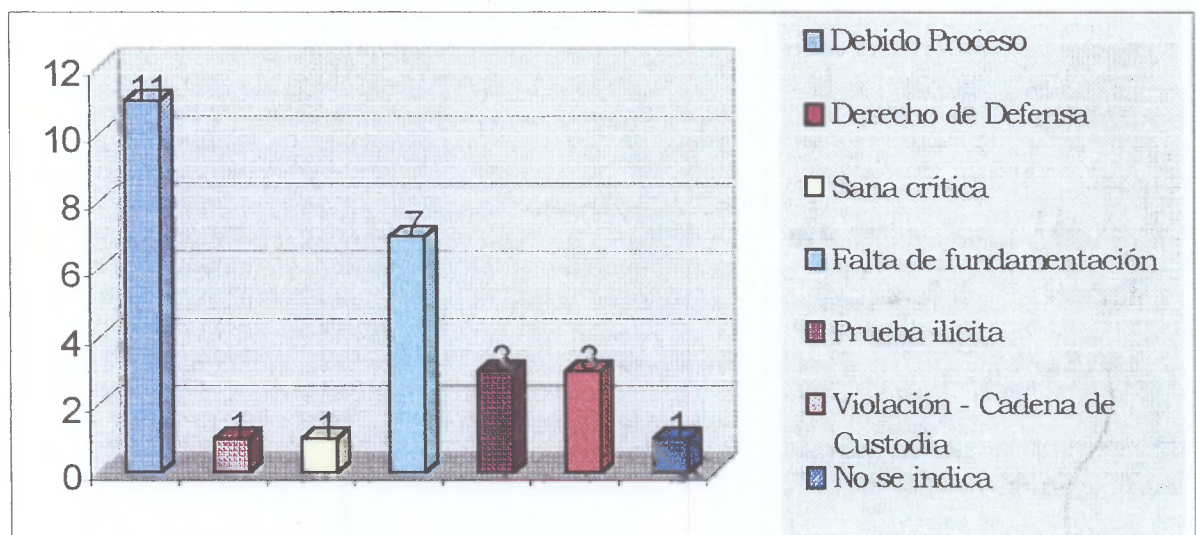
de la evidencia que han sido cuestionadas, siendo que en tales casos existe, como se indicó, una presunción de que el respeto de dicha custodia se ha dado.

3. Año 2001. Sala Tercera de la Corte

Veintiséis resoluciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se tomaron en cuenta para el año dos mil uno. De dichas resoluciones, veinte correspondían a delitos relacionados con drogas, uno al delito de homicidio, cuatro al delito de robo y uno al delito de secuestro.

En cuanto a los motivos alegados, se observa la misma tenencia del año anterior, en el sentido de dar mayor amplitud a los criterio jurídicos para alegar la violación de la cadena de custodia de la evidencia en casación penal. En este sentido los resultados son los siguientes:

Motivos

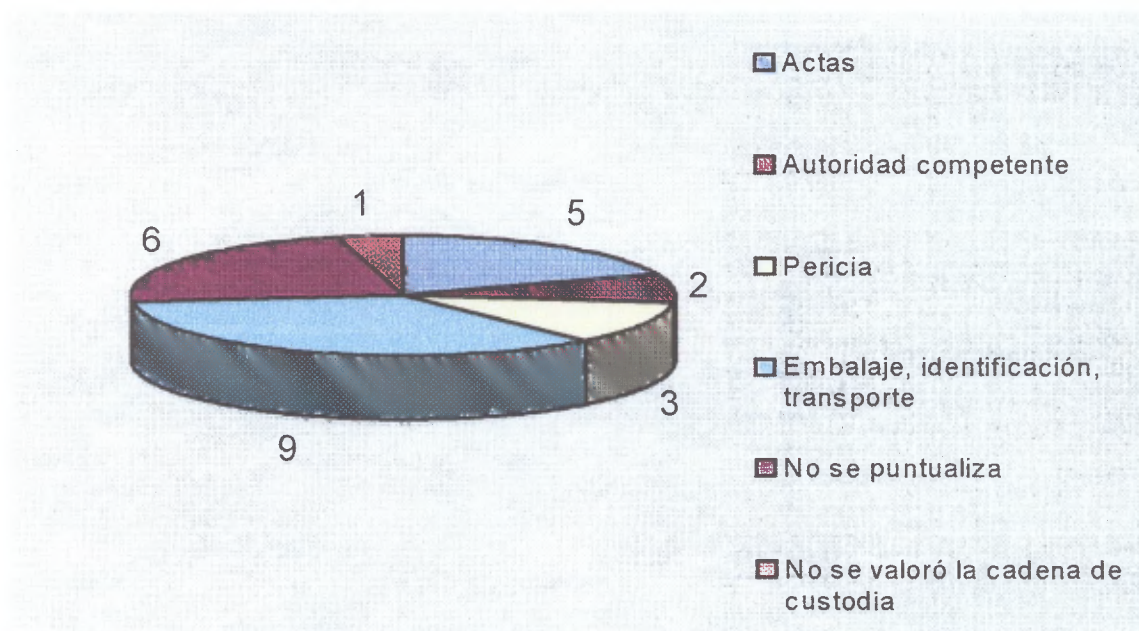


Los fundamentos expuestos también se mantienen, pero se evidencia un predominio de los reclamos para la etapa preprocesal de la cadena de custodia, dado que en nueve ocasiones se alegaron vicios procesales en las fases de fijación, extracción, embalaje y transporte de la evidencia.

También destaca el hecho de que en seis de los recursos no se puede extraer con claridad meridiana el fundamento que sustenta la violación de la cadena de custodia de la evidencia, lo cual repercute en forma evidente en la resolución del tribunal, dado que, como se ha indicado, existe una presunción a favor de las formas y actos procesales, de que éstos se han desarrollado en resguardo de las garantías y exigencias formales que prevé la ley y la Constitución.

El detalle de los principales fundamentos es el siguiente:

Fundamentos



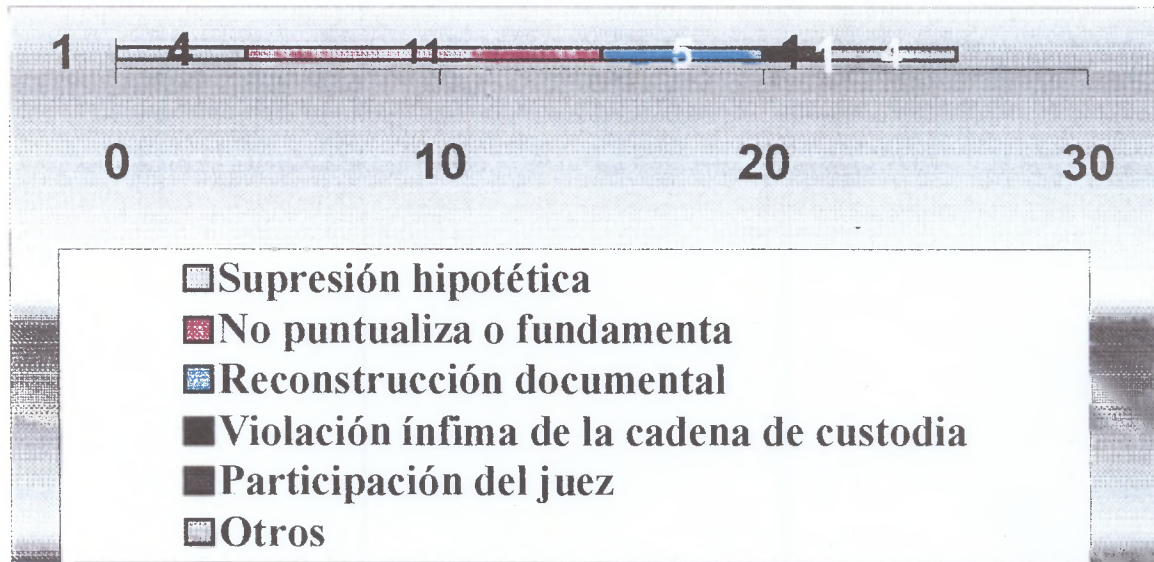
En lo que atañe a las autoridades que se les imputa la responsabilidad por la violación de la cadena de custodia se tiene que: en seis oportunidades se argumentó que el quebranto fue producto de la impericia de la policía judicial, en una ocasión se le recriminó a la policía administrativa, en tres oportunidades a los laboratorios, en dos ocasiones al ministerio público, seis veces al juez y en ocho ocasiones no fue posible precisar, según los términos de las sentencias, a qué autoridad se le reprimía el irrespeto a la custodia de la evidencia.

De esas veintiséis resoluciones, cuatro no pasaron el análisis de admisibilidad que hace la Sala con base en el artículo 445 de la Código Procesal Penal y la jurisprudencia que ha sido elaborada al respecto.

Por otra parte, sólo uno de los recursos fue declarado con lugar, evidenciado la Sala irregularidades graves en las fases de extracción, identificación y embalaje de la evidencia, que no permitían saber con seguridad si ésta era la misma que se encontró en la escena del crimen y que ligaba al imputado con el hecho delictivo.

Finalmente, las razones por las cuales fueron declarados sin lugar los demás recursos pueden observarse en el siguiente gráfico:

Razones (Sin Lugar)



En forma evidente la falta de concreción en los fundamentos así como en el señalamiento de la autoridad judicial a la cual le correspondía velar por el resguardo de la evidencia, fueron factores decisivos en los fallos de la Sala, lo cual en cierta forma ha venido a limitar el desarrollo jurisprudencial del tema.

4. Años. 1999 –2001. Tribunal Superior de Casación Penal

El tema en estudio ha sido objeto de análisis por parte del Tribunal Superior de Casación Penal en menor grado que la Sala. Esto se debe en especial al poco uso que le dan los casacionistas a este recurso jurídico cuando esgrimen sus motivos y fundamentos ante el Tribunal.

Ejemplo de ello lo constituye el hecho de que en el mismo periodo (1999 – 2001) únicamente se computan en la base de datos del Poder Judicial, siete casos presentados ante el Tribunal en los cuales se alegó violación a la cadena de custodia de la evidencia.

En términos generales, los resultados que se desprenden de estos siete recursos, siguen los mismos patrones mostrados ante la Sala Tercera de la Corte, los cuales se detallan en el siguiente cuadro, pero es de destacar dos variantes que se dirán.

Jurisprudencia – Año 1999 – 2001				
Total	Tipo de delito	Motivo	Fundamento	Autoridad
7	Drogas (3)	Debido Proceso (6)	Autoridad Competente (2)	Policía Adm. (1)
	Lesiones Culposas (1)	Derecho de Defensa (2)	Ausencia de Defensor. (1)	Juez (4)
	Robo – Hurto. (2)	Sana crítica (1)	Embalaje, Identificación	No se concreta (2)
	Derechos de autor (1)	Falta de fundamentación *	Transporte (3)	
			No se puntualiza (1)	
			No se analizó en el laboratorio. (1)	
Admisibilidad	Sentencia	Razones (Con lugar)		
Admisible (6)	Con lugar (3)	No se valoró la violación de la cadena de custodia (2)		
Inadmisibles (1)	Sin lugar (4)	Se violaron los sellos del envoltorio. (1)		
		Razones (Sin lugar)		
		Supresión Hipotética (1)		
		No puntualiza o fundamenta (1)		
		Sí tenían potestades legales (1)		
		Participó el Juez como garante (1)		

* No se alegó falta de fundamentación, pese a que dos de los recursos fueron acogidos por ese motivo. Aunque sí se cuestionó la participación del juez en la etapa de valoración de la prueba.

La primera variante tiene que ver con el motivo alegado en relación con el fallo del Tribunal. En efecto, de los siete recursos, en ninguno de ellos se enfocó el reclamo como una falta de fundamentación de la sentencia, sino que se argumentaron los motivos más comunes como lo es la violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Sin embargo, el Tribunal al resolverlos, se inclinó más por los fundamentos mostrados por el juez para tener, o no, por acreditada la violación de la cadena de custodia de la evidencia, en lugar de verificar por sí mismo si tal violación se dio; de hecho, dos de los recursos fueron acogidos en forma expresa por este motivo, como se observa en el cuadro.

Esto demuestra desde el punto de vista estratégico, que el reclamo por violación de la cadena de custodia de la evidencia, se ve muy bien complementado con el motivo de falta de fundamentación, además del quebranto del debido proceso y al derecho de defensa, aunque estimamos conveniente explotar como motivos otros principios procesales, como el de legitimidad de la prueba o el de pertinencia y utilidad.

La segunda variante tiene que ver con la cantidad de recursos que pasaron el estudio de admisibilidad y que fueron acogidos. De los siete casos, tres fueron declarados con lugar y sólo uno no cumplió con los requisitos de admisibilidad necesarios para efectuar un análisis puntualizado del reclamo.

Estos tres recursos declarados con lugar representan un 42% de efectividad, lo cual a nuestro criterio demuestra una menor exigencia procesal por parte del Tribunal en cuanto a los requisitos del reclamo por violación a la cadena de custodia de la evidencia, pero que a su vez implica un mayor análisis por parte de este órgano colegiado, de las exigencias de orden técnico y legal que requiere la debida custodia del material probatorio.

Quizás por el volumen de casos que maneja la Sala en comparación con el Tribunal, es que ésta ha tenido que mostrarse más exigente en cuanto a los requisitos formales del recurso - aspecto procesal que no pareciera ser tan importante para el Tribunal de Casación Penal - lo cual ha venido a limitar el desarrollo jurisprudencial, como ya se ha dicho.

D. Análisis de los resultados

El que se alegue la violación de la cadena de custodia de la evidencia en mayor medida para casos de delitos en los que la evidencia física incautada es droga, se debe básicamente a las propiedades físicas del objeto sobre el cual recae la custodia, en los que factores como el peso, color o apariencia, son muy importantes. Pero también demuestra una subutilización de este recurso jurídico para otros tipos de causas, en los que la evidencia exige mucho cuidado, como es el caso de los delitos de violación, con los fluidos corporales o el mismo delito de homicidio o lesiones, con las muestras de sangre.

Sin embargo, también constituye un llamado de atención a las autoridades que manejan este tipo de causas penales, ya que si bien la gran mayoría de recursos fueron declarados sin lugar, lo cierto es que en gran medida se debe a la falta de conocimientos jurídicos sobre el tema por parte de los recurrentes, para así poder plantear en debida forma un reclamo por violación de la cadena de custodia de la evidencia.

Como bien se desprende de los resultados, lo más adecuado es que siempre que se alegue violación a la cadena de custodia, se trate de basar el motivo en la violación constitucional del debido proceso, dado que se altera el principio de legalidad y legitimidad de la prueba, entre otros. Esto no obsta para que se arguya dentro de los motivos, violación al derecho de defensa o falta de fundamentación, ya que por ejemplo, la Sala Tercera ha venido a sostener que si se trata en sentencia el tema de la cadena de custodia, bien sea para absolver o para condenar, debe hacerse un análisis de las etapas procesales que ésta contempla, caso contrario se incurre en el vicio de falta de fundamentación.³⁶³

No obstante, también debe tenerse muy presente lo que ha dicho la Sala Constitucional en relación con la esencialidad de la prueba sobre la cual recae la custodia de la evidencia, para que la magnitud del quebranto se constituya a su

³⁶³ Boletín Jurisprudencial No. 35 del 21 de julio de 1999, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.

vez en una violación del debido proceso. En este sentido, lo recomendable es hacer un análisis de lo esencial que resulta para el fallo la prueba sobre la cual se dio el quebranto en su custodia, al punto de demostrar que si se excluye dicha prueba, no es posible arribar a la conclusión del tribunal de juicio para haber tenido al endilgado como autor responsable del ilícito penal.

En caso de no hacerse dicho análisis, se corre el riesgo de que la Sala rechace el motivo argumentando que existen otros medios de prueba que permiten corroborar los mismos hechos, aplicando en la mayoría de los casos la teoría de la supresión hipotética de la prueba.

En este punto cabe hacer una crítica, y es que ni la Sala Tercera de la Corte ni el Tribunal Superior de Casación Penal, en las resoluciones tomadas como muestras, se plantearon en ningún momento el criterio vertido por la Sala Constitucional sobre la esencialidad, o no, de la prueba sobre la cual se argumentaba la violación de la cadena de custodia. En ningún momento se analizó si la prueba era esencial o qué criterios se deben seguir para determinar la esencialidad de una prueba. Lo que se hizo fue rechazar el motivo en muchos de los casos, argumentando doctrinas propias de la prueba ilícita, como lo es la supresión hipotética.

La fundamentación del motivo es uno de los aspectos en que mayor fallan los recurrentes. Es común que se diga que hubo una violación de la etapa de

embalaje o que las muestras analizadas en el laboratorio no son las mismas que fueron encontradas en la escena del crimen, pero no se concretiza la violación y mucho menos se indica que tipo de contaminación ha sufrido el indicio.

No basta con señalar la etapa de la cadena de custodia que ha sido vulnerada, sino que hay que indicar en qué consistió la violación, y si la misma altera o sustituye el dato probatorio incautado. Esta labor exige no sólo un conocimiento profundo de las formalidades legales que giran en torno al desarrollo de los distintos medios de prueba, así como de las exigencias para que la evidencia transite a lo largo del proceso penal hasta que deje de ser útil, sino que requiere incluso, un asesoramiento técnico de orden criminalístico para determinar si hubo, o no, algún tipo de contaminación.

También es necesario un estudio jurisprudencial del tema antes de argumentar la violación, por ejemplo: si se argumenta el transcurso del tiempo como factor que atenta contra la custodia de la evidencia, debe tenerse presente que la Sala ha dicho que el simple transcurso del tiempo no afecta la cadena de custodia, a menos de que se convierta en un agente contaminante por el tipo de evidencia sobre el cual recae.

Si se reclama la ausencia de la autoridad competente en un determinado acto procesal, hay que considerar que la Sala tiende a conferirle, tanto a la policía judicial como a la administrativa, las más amplias facultades en torno al desarrollo

de la investigación preliminar, por lo que el enfoque debe tratar de demostrar que la ausencia de los conocimientos jurídicos de dicha autoridad, hizo que el imputado no contase con las garantías procesales que la ley confiere a su favor, como sucede con el levantamiento de las actas o la presencia de testigos.

En cuanto a las autoridades involucradas, el hecho de que se cuestione tanto la participación de la policía judicial, se debe a nuestro criterio, al exceso de funciones que se le han pretendido dar, con la consecuente delegación de facultades por parte del juez y del ministerio público.

El juez del procedimiento preparatorio es un juez de garantías, por lo que su presencia en el desarrollo de los distintos medios de prueba se hace necesaria. La filosofía del actual Código Procesal Penal hace prever un juez asesor, que si bien no tiene facultades investigativas, sí debe velar por el respeto de las formas procesales.

La policía judicial es un órgano auxiliar del juez y del ministerio público, por lo que no es dable pensar que sea ésta quien desarrolle mutuo propio los distintos medios de prueba y los actos procesales que los respaldan, salvo los casos de suma urgencia. De esta forma, sostenemos que el respeto de la cadena de custodia exige como requisito la presencia de la autoridad competente, sea el juez o el fiscal.

El que se hayan declarado la gran mayoría de los recursos sin lugar, no es muestra de que el sistema de administración de justicia funciona perfectamente en cuanto al manejo de la evidencia se refiere, sino que ello se debe mas que todo a una incorrecta técnica por parte de los recurrentes, así como a la aplicación de doctrinas tendientes a subsanar los vicios procesales, tal es el caso de actividad procesal defectuosa o de las teorías que giran en torno a la prueba ilícita. Nótese que si se suman la cantidad de recursos que no pasaron el estudio de admisibilidad y los que fueron declarado sin lugar por no haber puntualizado o fundamentado la violación de la cadena de custodia, la cantidad de ellos que efectivamente entra a cuestionar nuestro sistema de administración de justicia es muy reducida.

Tomando en consideración las razones por las cuales la Sala rechazó la gran mayoría de los recursos, conviene destacar dos aspectos de interés. El primero de ellos tiene que ver con la aplicación de la doctrina de supresión hipotética de la prueba, en el sentido de que si la Sala reconoce que mediante otros elementos probatorios es posible arribar a las mismas conclusiones que si se contara con la evidencia sobre la cual se alega el quebranto de su custodia, implícitamente está reconociendo que hubo una violación de la cadena de custodia de la prueba, o que el menos se sospecha que pudo darse. Por ello, en muchos de estos casos, debió sostener que sí hubo tal violación, pero que la misma no recayó sobre elementos probatorios esenciales para el fallo de primera instancia.

El hecho de que Sala aplique la teoría de la supresión hipotética, reafirma el vínculo que existe entre la violación de la cadena de custodia y la prueba ilícita. En cuanto a este tema, Campos Calderón ha dicho que la aplicación práctica que le ha dado la Sala Tercera a la teoría de la supresión hipotética de la prueba, cuando se emplea para subsanar el vicio que ocasiona la ruptura en el resguardo de la evidencia, no es la más adecuada.

Para este autor, se debe aplicar dicha teoría si se concluye que el vicio procesal puede ser subsanado mediante otros medios probatorios, pero en caso en que se concluya lo contrario, se debe dar un efecto cascada que implique la invalidez de los demás elementos probatorios que tenían relación con la prueba ilícita por violación de la cadena de custodia de la prueba.³⁶⁴

Si bien el autor expresa que lo anterior no implica una confusión de planteamientos, lo cierto del caso es que en cuanto a los efectos jurídicos que se desprenden de esta doctrina ecléctica, sí ha una mezcla entre la teoría de la supresión hipotética de la prueba y la del fruto del árbol envenenado, lo cual no es lo más recomendable, ya que se volvería a dar pie a la mezcla jurisprudencial de criterios que le restan el carácter científico a la aplicación del derecho en esta materia, además de las críticas a esta segunda teoría que ya han sido señaladas.

³⁶⁴ CAMPOS CALDERÓN (Federico), *op.cit.*, pp. 106, 107.

El segundo aspecto se relaciona con el concepto de “violación ínfima” en la custodia de la prueba. En este caso, también se está reconociendo que hubo una violación de la cadena de custodia, pero que la misma fue de tal magnitud que no genera la duda razonable en el juez para absolver. Este es un criterio distinto al que se usa mediante la supresión hipotética, dado que en este caso la prueba tachada en ningún momento se excluye del razonamiento utilizado. Sin embargo, al igual que sucede con el concepto de “prueba esencial”, el criterio se torna indeterminado, siendo muy difícil establecer la frontera entre una violación ínfima y aquella que no lo es.

Para que la Sala reconozca que se dio una violación de la cadena de custodia de la evidencia, al menos cuando se cuestiona el desarrollo de alguna de las etapas en la escena del crimen (momento preprocesal) ha sido casi necesario que la autoridad encargada de su resguardo se haya saltado toda una etapa o varias de ellas, por ejemplo, la fijación y embalaje, y aún así, la Sala ha aplicado en algunas ocasiones, sus distintos argumentos para subsanar el quebranto.

De esta forma, podría decirse que la violación de la cadena de custodia como motivo en casación penal, además de que requiere una muy buena elaboración técnico – jurídica, es difícil que prospere, dada la tendencia por parte de nuestros tribunales de subsanar los vicios del procedimiento sin declarar su nulidad.

El desarrollo jurisprudencial del tema objeto de esta investigación, se ha visto limitado en gran parte por la omisiva de los casacionistas en puntualizar y fundamentar, en debida forma, la violación de la cadena de custodia de la evidencia, aunque reconocemos que la Sala ha sido muy exigente en cuanto a los requisitos de admisibilidad del reclamo. Exigencias que en forma antagónica no son tan rigurosas ante el Tribunal Superior de Casación Penal.

CONCLUSIÓN GENERAL

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 1992 había señalado la poca importancia que los operadores del derecho en nuestro país le venían dando al tema de la custodia de la evidencia.

En efecto, es evidente que el desarrollo doctrinario, jurisprudencial e incluso legislativo, no ha sido muy elaborado en cuanto a este tema, notándose la falta de interés al respecto, lo cual resulta ser contraproducente si tomamos en cuenta que en un sinnúmero de delitos el único material probatorio con que se cuenta es precisamente el indicio material sobre el cual recaen las exigencias de custodia.

Hoy día, el hecho de que la actual normativa procesal penal considere como prueba susceptible de ser valorada en sentencia, sólo aquella que es evacuada durante el desarrollo del juicio oral y público, a la luz de los principios de inmediación, contradicción y comunidad, entre otros; reviste de especial importancia la custodia del dato probatorio, por cuanto se hará necesario mantener inalterado el indicio material hasta hacerlo llegar a la etapa de juicio, momento en el cual su verdadero significado podrá ser valorado por el juez en forma válida y eficaz.

La forma legítima de hacer llegar dicha evidencia a la etapa de juicio es la tarea a seguir, misma que deberá estar sustentada en un actuar respetuoso de las

garantías fundamentales, pero, en especial, en el principio del debido proceso, el cual se erige como pilar fundamental del nuevo esquema procesal penal.

El Principio de Legalidad y Formalidad de la prueba, es parte constitutiva del debido proceso, como la misma Sala en la materia lo ha reconocido ampliamente. En lo que respecta a la prueba penal, éste se manifiesta regulando el medio y el procedimiento con que la misma se hace llegar al conocimiento del juzgador, siendo que el tema de la cadena de custodia de la prueba, forma parte integral de dicho procedimiento, al ser la vía genérica con que se hace discurrir la evidencia durante las distintas etapas procesales.

De esta forma, es posible concluir que la cadena de custodia de la evidencia es un factor condicionante de la legalidad de la prueba, ya que forma parte del procedimiento de incorporación de los elementos probatorios al proceso, contemplado en el párrafo primero del artículo 181 del Código Procesal Penal, como uno de los requisitos de la legitimidad del material probatorio.

Conviene resaltar que la cadena de custodia es parte integral de las formalidades que se deben seguir para la correcta incorporación del dato probatorio al proceso, por lo que de violarse la misma, se estaría transgrediendo el principio de formalidad y legitimidad de la prueba, y al ser éste – según lo indicado por la Sala Constitucional – parte integral de los derechos al procedimiento, que conforman a su vez el principio constitucional del debido proceso, se podría

afirmar en tesis de principio que la violación de la cadena de custodia, transgrede el debido proceso, al punto de que tal violación podría ser alegada incluso en sede constitucional.

Sin embargo, no toda violación de la cadena de custodia puede implicar una infracción al debido proceso, pues para ello se prevén mecanismos tendientes a sanear y convalidar los vicios procesales. Al efecto, la expresión de la Sala Constitucional, en el sentido de que únicamente constituirá una infracción al debido proceso, la violación que haya ocurrido dentro del procedimiento para la producción de elementos probatorios esenciales, es un parámetro de consideración importante pero impreciso, por lo que hemos de reconocer que la Sala ha sido omisa en cuanto al criterio jurídico para determinar la esencialidad, o no, de una prueba, siendo que el análisis de la violación de la cadena de custodia de la evidencia se torna casuístico, y por ende, pierde en cierta forma su carácter de doctrina científica.

Los elementos probatorios esenciales son aquellos que coinciden con el concepto de idoneidad de la prueba. La idoneidad, atañe a una cualidad de lo idóneo, o sea, aquello que es adecuado y apropiado para una cosa. Esta idoneidad aplicada a la prueba penal, tiene que ver más con el grado de motivación que genera en el ánimo del juzgador para emitir su fallo. En otras palabras, la prueba idónea es la base de la fundamentación probatoria de la sentencia de condena o absolución, y por ende, su grado de importancia dentro

del proceso dependerá de si la misma es simplemente pertinente, o bien, si se trata de prueba idónea.

En lo que respecta a la actividad probatoria, podría afirmarse que la relación que existe con la cadena de custodia de la evidencia, es una relación género y especie respectivamente; por cuanto la cadena de custodia, si bien se desarrolla durante los distintos momentos de la actividad probatoria, no agota cada uno de los estadios que comprenden a ésta última.

Para el momento de producción del material probatorio, las manifestaciones de la cadena de custodia son constantes, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. Así, la forma de extracción de la evidencia, su identificación, embalaje y transporte, el levantamiento de las actas y la presencia de la autoridad competente o de testigos, son requisitos que influyen notoriamente sobre el desarrollo de los distintos medios de prueba, condicionando su validez y eficacia.

En forma concomitante con el desarrollo del medio de prueba, estas formalidades de orden jurídico son medios comprobatorios que fungen como garantía procesal para el imputado y que le aseguran a éste, que el actuar de los órganos encargados de ejercer la acción penal, se ha desarrollado en la forma más objetiva posible, como se lo exige la normativa procesal penal vigente, además del orden constitucional que la fundamenta.

En lo que atañe a los medios de prueba, debe indicarse que cada uno de ellos, en cuanto sea susceptible de incorporar o manipular evidencia, reviste interés para las exigencias de custodia, pero sin duda el secuestro es el medio de prueba más importante para nuestro tema.

Este medio de prueba se convierte en la principal fuente que, en forma legítima, canaliza material probatorio al proceso que deberá ser resguardado. En otras palabras, sin material probatorio secuestrado el tema de la cadena de custodia no tendría importancia para la práctica judicial, desde un punto de vista legal y no meramente técnico, ya que se limitaría la custodia del dato probatorio a la etapa prejudicial.

A su vez, por medio del secuestro se incauta la evidencia física, que constituye el objeto de la cadena de custodia, dado que es sobre los elementos tangibles en los que podría recaer alteración, sustitución o contaminación. No obstante, lo que se protege no es el objeto como tal, sino el significado que se desprende del mismo. Por esta razón puede definirse la violación de la cadena de custodia de la evidencia como aquel actuar legítimo o ilegítimo que altere, sustituya o no permita garantizar el significado que se desprende de la evidencia física.

Como hemos indicado, la cadena de custodia, involucra en forma ineludible aspectos de orden técnico y legal, por lo que puede ser concebida como aquella

serie de pasos sucesivos de carácter científico que se inicia desde la llegada del primer oficial a la escena del crimen o desde la recepción de la evidencia por parte de la autoridad competente, pasa por las distintas etapas y autoridades que intervienen en el proceso penal y se extiende hasta que el dato probatorio deja de ser útil para el juez y los demás sujetos procesales. Funge como una garantía procesal para el descubrimiento de la verdad real, a través de la verificación de los extremos de la imputación delictiva, lo cual logra al mantener libre de toda contaminación o alteración la evidencia encontrada, a fin de hacerla llegar al juicio oral y público como material probatorio legítimo y susceptible de ser valorado por el juez para la fundamentación probatoria del fallo judicial.

Más que una garantía procesal en sentido estricto, podría afirmarse que la naturaleza jurídica de la cadena de custodia de la evidencia estriba en ser una verdadera garantía constitucional, que se ocupa de mantener inalterado el contenido mínimo que consagra la presunción de inocencia del imputado durante el desarrollo del proceso.

La misma persigue una doble finalidad. Por un lado pretende establecer una identidad absoluta durante el juicio oral, entre la evidencia que se valora por el juez en ese momento y la que fue hallada en la escena del crimen o arribó por cualquier otro medio legítimo al proceso; dicha finalidad se traduce en la aplicación efectiva del principio de inmediación dado que lo que se pretende es que el dato probatorio se transforme en verdadera prueba judicial que despliegue todos sus

efectos en el juicio oral y público, para que por intermediación se canalice tal significado en forma directa de la prueba al juez y demás sujetos procesales. En otras palabras, el fin próximo es la intermediación de la prueba, y parte de los medios para alcanzar dicho fin es la cadena de custodia de la evidencia.

La cadena de custodia busca identificar al autor o partícipes del hecho delictivo y establecer su grado de responsabilidad, mediante el descubrimiento de la verdad real, lo cual sólo se logra desde el punto de vista probatorio, si la evidencia física que servirá de base para la fundamentación de la sentencia, ha mantenido su significado intacto desde su hallazgo hasta su valoración final.

La labor de búsqueda del indicio material inicia en la escena del crimen. La escena del crimen, contrario a la forma en que muchos la conciben, no se limita al lugar donde se desplegó la acción, ya que perfectamente el lugar donde se encontró la víctima puede no coincidir con el lugar en el que ocurrió el delito, el lugar donde se halló el objeto mediante el cual se perpetró el crimen, o el lugar donde se encontró al imputado, y no obstante ello, todos estos lugares arrojan evidencia física que requiere custodia y una labor investigativa.

La llegada a la escena del crimen, implica un actuar con prioridades, siendo la primera, la protección de la vida humana. Esta realidad exige la presencia de cuerpos técnicos y científicos especializados, como el caso de la Cruz Roja o los Bomberos, sin embargo, esto no obsta para que la Policía Administrativa actúe en

resguardo de una vida, aún sin la presencia del Juez, del Fiscal, de la Policía Judicial o de peritos.

La presencia de dichas prioridades es lo que da pie al concepto de contaminación legítima de la evidencia, y demuestra que el resguardo del material probatorio a fin de averiguar la verdad real, sede como valor jurídico frente a otros de mucho mayor interés público, como lo son la vida y la integridad corporal.

La extracción de la evidencia en la escena del crimen, plantea la problemática de quién debe ser considerada autoridad competente para ordenar la manipulación del dato probatorio. Al efecto, hemos visto como el procesamiento de la escena del crimen implica una labor conjunta de los miembros de la policía judicial y los peritos en relación con el juez o el fiscal, al aplicar tanto los conocimientos de orden técnico como jurídicos. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la Fiscalía General de la República, la policía judicial y menos aún la policía administrativa, pueden ordenar mutuo propio el procesamiento del indicio encontrado, salvo casos de suma urgencia en los cuales el retraso de la autoridad competente puede frustrar los fines de la investigación.

La calificación de autoridad competente recae en el juez del procedimiento preparatorio o en el fiscal, por lo que será necesaria su autorización para proceder a la extracción de la evidencia. La presencia de dichas autoridades está prevista por el Código Procesal Penal como una garantía en el desarrollo de los distintos

medios de prueba, y no debe olvidarse que la naturaleza de los cuerpos policiales es la de ser auxiliares y no titulares en el ejercicio de la acción penal.

Esta delegación de funciones es lo que ha llevado a prácticas inadecuadas en la manipulación de las evidencias, por cuanto la policía judicial ya no sólo se ha dado la tarea de extraer el dato probatorio, fijarlo, embalarlo y transportarlo por sí misma, sino que ha ordenado pericias e incluso la destrucción de la evidencia sin contar con autorización judicial alguna. No obstante, se es consciente de que esta delegación se debe en gran medida al exceso de funciones con que cuenta el Ministerio Público, lo que evidencia una vez más la falta de planificación al respecto.

En lo que atañe a la presencia del juez en el lugar de los hechos, la autorización que requiera la policía judicial para proceder a la manipulación de la evidencia, dependerá de si la escena del crimen es considerada un acto definitivo e irreproducible en el que puede haber violación de derechos fundamentales, dado que en este caso se hace indispensable la presencia del órgano jurisdiccional. De igual modo, si consideramos la cadena de custodia como un requerimiento procesal que forma parte de la garantía del debido proceso, podríamos argumentar que, al menos en esta primera etapa preprocesal, la eventualidad en la lesión de derechos fundamentales hace necesaria la presencia del juez. No obstante lo anterior, en la práctica judicial lo común es que sea el fiscal, la policía judicial y la misma policía administrativa la que atienda la escena

del crimen. Esto demuestra que es necesaria, al menos, la presencia del fiscal, quien cuenta con un mayor criterio jurídico para determinar si el acto es definitivo e irreproducible, o si podría lesionar derechos fundamentales, solicitando así la presencia del juez.

Ya en sede judicial, y con fundamento en el principio de objetividad, es posible concluir que el respeto a la cadena de custodia de la prueba, le compete en primer término al Ministerio Público y que incluso, de evidenciarse una violación al resguardo de la evidencia, debe el órgano acusador, hacerla ver y ponerla en conocimiento del juez y de los demás sujetos procesales para su correspondiente valoración. De no ser así, no debe tomar en cuenta dicha evidencia para fundamentar su acusación, o en caso de hacerlo, debe indicar que en lo que respecta a dicha evidencia, ocurrió una ruptura en el resguardo de su integridad probatoria.

Es de destacarla que la normativa que regula el manejo de la prueba, contenida tanto en el Código de Procedimientos Penales como en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y que hoy se extiende al actual Código Procesal Penal, contempla únicamente, aspectos generales para asegurar la evidencia, lo cual es razonable si se parte de la naturaleza de un Código Procesal, mismo que debe regular institutos de la más variada índole, haciéndose casi imposible la regulación particular de alguno de ellos.

Pero tal comprensión no pareciera extenderse a la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, ya que por su naturaleza debería enfocarse más en el tema del resguardo de la evidencia, por ser ésta una de las atribuciones que le confiere a la policía judicial, tanto el Código de rito como la misma ley; no obstante ello, se denota su carácter simplista y poco sistematizado de este tema.

Lo cierto del caso es que no existe ni en el Código Procesal Penal, ni en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial un apartado específico que regule el tema de la cadena de custodia de la evidencia; por el contrario, las normas relacionadas con el legítimo manejo procesal del dato probatorio durante el transcurso de la investigación, se han caracterizado por estar dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico y en otras normas de rango inferior, lo cual afecta en forma evidente la comprensión de la importancia que reviste este tema para el correcto funcionamiento del proceso penal.

En este sentido, se estima conveniente reformar la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial y puntualizar más a fondo los pasos que comprenden la cadena de custodia de la evidencia, por ejemplo, mediante la incorporación de las directrices del Consejo Superior de la Corte, en cuanto a la forma de remitir y retirar las evidencias del depósito de objetos, o aquella directrices relativas a la forma de proceder para la destrucción del dato probatorio.

A su vez, es posible concluir que la base normativa del actual Código Procesal Penal en lo que al resguardo de la evidencia se refiere, no es novedosa, sino que se apoya en las regulaciones del anterior Código de Procedimientos Penales, siendo que incluso presenta omisiones significativas para la cadena de custodia, como es el caso de los peritajes y la etapa de identificación de la evidencia, mismas que sí encontraban una regulación más precisa en el anterior Código.

En lo que respecta a la relación de la cadena de custodia con la prueba ilícita, cabe señalar que a nivel doctrinario e incluso jurisprudencial, la conceptualización de lo que debe entenderse por prueba ilegítima no ha sido la más adecuada, ya que se ha seguido una concepción restringida que limita el concepto a los medios probatorios ilícitos.

La variación jurisprudencial en cuanto a las doctrinas o teorías para aceptar, o bien rechazar la prueba ilícita, pone en entredicho el carácter científico del análisis jurídico del tema en Costa Rica, lo cual impone la necesidad de apegarnos a una doctrina y ser consecuentes con nuestro esquema constitucional, misma que creemos debe consistir en el rechazo absoluto de la prueba ilícita directa y en la aplicación de la teoría de la supresión hipotética para la prueba ilícita indirecta.

Es común escuchar que la violación de la cadena de custodia torna en ilícita la prueba, pero la incongruencia de tal afirmación se daría si, en forma conjunta, se sostiene el concepto restringido de prueba ilícita; en otras palabras, si se afirma

que la prueba ilícita es únicamente la obtenida a través de medios de prueba prohibidos, no sería posible sostener que la violación de la cadena de custodia es fuente de ilicitud probatoria, por cuanto ésta no es un medio de prueba.

Se debe así seguir una concepción amplia, la cual sí es posible establecer que la violación de la cadena de custodia de la evidencia convierte a la prueba penal en ilícita, dado que, como se ha visto a lo largo del presente estudio, la cadena de custodia involucra, entre otras cosas, el procedimiento a seguir para incorporar el material probatorio al proceso penal, que es precisamente el segundo supuesto del párrafo primero del artículo 181 del Código Procesal Penal, que establece los supuestos de ilicitud de la prueba

En lo que respecta al trato jurisprudencial de la cadena de custodia, debemos señalar que en uno de los aspectos en que más se ha profundizado es en cuanto a las exigencias de admisibilidad del reclamo en casación penal, - al menos a nivel de la Sala Tercera de la Corte - fundado en la violación de la cadena de custodia de la evidencia. Sin embargo, paradójicamente, este mismo desarrollo es el que ha limitado el análisis del tema en otros aspectos.

A partir de estas exigencias de admisibilidad que ha hecho en especial la Sala Tercera, en cuanto al reclamo por violación de la cadena de custodia de la evidencia, se desprende una presunción *iuris tantum* a favor del respeto de esta garantía procesal, toda vez que hasta tanto no se puntualice en forma precisa la

fase en que se violó la cadena de custodia y se expresen los agravios sufridos, la Sala presume que el discurrir de la evidencia desde el momento de su hallazgo en la escena del crimen hasta que es presentada como prueba en la fase de juicio, se ha desarrollado en una forma normal. Lo cual representa que la carga de la prueba recae sobre el recurrente, dado que al legítimo manejo procesal de la evidencia lo cubre una presunción que admite prueba en contrario, siempre y cuando se puntualice el germen de la violación en el momento procesal exacto.

De ahí la importancia de conocer en forma detallada los pasos que implica la cadena de custodia de la prueba, sus alcances, sus elementos, naturaleza jurídica, finalidades, etc., deber que le asiste no solo a los recurrentes en casación penal, a los miembros de la policía judicial, a los fiscales, defensores o jueces de la etapa preparatorio e intermedia, sino también a los jueces del Tribunal de Juicio quienes necesitan tener un conocimiento profundo del tema para fundamentar en debida forma su sentencia, so pena de nulidad.

Aunque ha sido muy positivo el hecho de que en los últimos años se venga insistiendo un poco más a nivel jurisprudencial por el respeto de la cadena de custodia, debemos reconocer que no se ha dado contenido al significado concreto de cada una de las etapas que la comprenden, su conceptualización, naturaleza jurídica y elementos, entro otros aspectos. Incluso, en forma paradójica, pese a que se reconoce la necesidad de respetar la debida custodia del material probatorio, a la hora de aplicarlo al caso concreto, nuestra Sala de Casación se ha

mostrado en exceso flexible, subsanando de una u otra forma el vicio procesal alegado.

Podría también concluirse, con vista del estudio jurisprudencial, que la violación de la cadena de custodia como motivo en casación penal, además de que requiere una muy buena elaboración técnico – jurídica, es difícil que prospere, dada la tendencia por parte de nuestros tribunales de subsanar los vicios del procedimiento sin declarar su nulidad.

Lo cierto del caso es que el desarrollo jurisprudencial del tema objeto de esta investigación, se ha visto limitado en gran parte por la omisiva de los casacionistas en puntualizar y fundamentar, en debida forma, la violación de la cadena de custodia de la evidencia, aunque reconocemos que la Sala ha sido muy exigente en cuanto a los requisitos de admisibilidad del reclamo.

La actividad procesal defectuosa ha sido otro de los factores que influye notoriamente en la apreciación judicial del quebranto por violación de la cadena de custodia de la evidencia. En efecto, tomando en cuenta las consideraciones de la Sala Constitucional en cuanto a la esencialidad, o no, de la prueba sobre la cual recae el quebranto en su custodia, surge la interrogante ¿Qué tipo de defecto constituye la violación de la cadena de custodia de la evidencia?

Tratando de armonizar los preceptos legales con el desarrollo jurisprudencial en esta materia, si se constata que la violación de la cadena de custodia recae sobre un elemento esencial de la sentencia, se estaría frente a una violación del debido proceso, que es una garantía prevista en el artículo 39 de la Constitución Política y que por ende constituye un defecto absoluto, según la redacción del numeral 178 inciso a) del Código Procesal Penal.

El problema se da cuando la violación de la cadena de custodia no implica una infracción al debido proceso, pero sí pudo haber acarreado inobservancia de las formas o condiciones previstas en el Código Procesal Penal o en Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, o otra normativa especial, dado que, por la amplitud del inciso a) del artículo 178, pareciera que aún así, el defecto es absoluto.

De esta forma, por exclusión, es posible concluir que la violación de la cadena de custodia de la evidencia implicaría un defecto relativo cuando, sin constituir una infracción al debido proceso, no se refiere a formalidades procesales previstas en la ley.

Junto con la conclusión anterior, se nota que las formalidades de orden jurídico que componen la cadena de custodia, tienden a ser consideradas con mayor facilidad defectos absolutos, mientras que las formalidades de orden técnico, por estar excluidas de la normativa, se inclinan más por los defectos

relativos, salvo el caso en que la inobservancia de la formalidad técnica recaiga sobre un elemento de prueba esencial para la sentencia, pues en este caso hay una infracción a una garantía constitucional.

La vigencia práctica del tema en estudio, demuestra una serie de disfunciones del sistema en cuanto al manejo de la evidencia se refiere, y no es dable pensar que el hecho de que la gran mayoría de recursos de casación por este motivo fueron desestimados, haga creer que el sistema opera en forma eficaz, por cuanto la falta de efectividad se debió más que todo a la impericia de los litigantes para plantear el reclamo y en menor medida, a los recursos jurídicos empleados por la Sala Tercera para subsanar de alguna forma el vicio procesal, verbigracia, mediante la teoría de la supresión hipotética de la prueba.

Lo primero que se constata fácilmente es que la evidencia transita mucho por el proceso penal, va de un despacho judicial a otro en forma constante y por consiguiente, el número de intervinientes en la manipulación de la evidencia es muy elevado.

Atendiendo a la lógica del sistema, para un correcto funcionamiento del mismo, lo propio, en primer término, es que intervengan la menor cantidad de personas en la manipulación de la evidencia, y en segundo lugar, que exista una correspondencia entre la persona que interviene, el momento procesal que se está desarrollando y la capacidad técnica y legal del sujeto. Es recomendable además,

que la evidencia no se guarde en los despachos sino que sea remitida al depósito de objetos en cuanto sea posible.

Es mejor que el despacho se limite a girar instrucciones al depósito, por ejemplo que la remita al laboratorio, o que la remita al tribunal de juicio o que proceda a su destrucción o que dicha evidencia corresponde a la causa penal cuyo expediente ya fue remitido de la fiscalía al juzgado penal , etc. El problema es que muchas de las instrucciones en este sentido se encuentran plasmadas a manera de directrices y no a nivel legal, lo que genera que dicha información se restrinja en muchos de los casos a aquellos fiscales que leen las circulares que le remite la Fiscalía General, y que no sea del conocimiento de los demás operadores del derecho.

Partiendo de esta misma vigencia práctica, resta por verificar la hipótesis originaria objeto de esta investigación.

Para ello es posible plantear la sumatoria de las siguientes premisas obtenidas a lo largo del presente estudio:

1. Existe un antecedente jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (Resolución No. 368 – F – 92) en el cual se reconoce y afirma que en nuestro sistema de administración de justicia penal nos hemos preocupado muy poco por el debido respeto de la cadena de custodia de la evidencia.

2. El cúmulo de potestades conferidas a la Policía Judicial en cuanto al manejo de la evidencia física, a partir de las interpretaciones que se le han dado tanto al Código Procesal Penal (arts. 285 y 286) como a la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, (arts. 4 y 5) han generado la práctica judicial, reconocida y avalada por la Fiscalía General de la República, de que la policía judicial puede, mutuo propio, ordenar el procesamiento de la evidencia en la escena del crimen sin contar con la autorización del juez o del fiscal.
3. Pese a que el artículo 181 del Código Procesal Penal prevé como supuesto de ilegalidad de la prueba, su incorrecta incorporación al procedimiento, se ha elaborado en forma mayoritaria a nivel doctrinario y jurisprudencial una teoría de la prueba ilícita en función de la ilegalidad de los medios de prueba únicamente, dejando de lado el procedimiento de incorporación del dato probatorio.
4. Mucha de la normativa de la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial que tienen relación con el tema de la custodia de la evidencia, es repetitiva de las disposiciones del Código Procesal Penal, que está demás decir, son disposiciones generales, por lo que se obvian algunas de las etapas de la cadena de custodia en cuanto a su regulación legal se refiere.
5. Hay un exceso de transición y de partícipes en la manipulación de la evidencia a lo largo del proceso penal.
6. Es práctica generalizada que los escribientes puedan manipular la evidencia en forma indiscriminada, a fin de consignar razones de recibido o bien, guardarlas

en sus propios escritorios, sin recibir indicación alguna acerca de la forma de custodiar la prueba.

7. Un gran número de las disposiciones técnicas y específicas en cuanto al manejo de la evidencia se encuentran plasmadas únicamente en circulares del Ministerio Público, o en acuerdos del Consejo Superior de la Corte, que no llegan a todos los operados del derechos.
8. Los tipos penales que sancionan la ruptura en la custodia de la evidencia se encuentran dispersos en el ordenamiento jurídico y no se ocupan en debida forma de las conductas culposas.
9. Es común a nivel jurisprudencial subsanar los vicios originados por la violación de la cadena de custodia de la evidencia, con base en la teoría de la supresión hipotética de la prueba o en criterios indeterminados como el de "violación mínima", que no hacen más que reconocer que efectivamente hubo un quebranto en el resguardo del material probatorio.
10. La Sala Constitucional no se ha ocupado de precisar los alcances de sus resoluciones, en cuanto a la esencialidad, o no, de la prueba sobre la cual recae la violación de la cadena de custodia, para verificar si nos encontramos frente a una violación constitucional. En el mismo sentido la Sala Tercera de la Corte y el Tribunal Superior de Casación Penal tampoco se ha ocupado del tema.

11. El desarrollo jurisprudencial de la cadena de custodia, se ha visto limitado por los criterios de admisibilidad que implementa la Sala Tercera de la Corte en cuanto a este motivo.
12. Son reconocidas prácticas ilegales en el manejo de la evidencia por parte de la policía judicial, como el ordenar por sí misma la destrucción del indicio material.
13. Pese a que el procesamiento de la escena del crimen podrían ser considerado en muchas oportunidades un acto definitivo e irreproducible que amerita la presencia del juez, lo común es que sea el fiscal, la policía judicial o la misma policía administrativa los que se encarguen del manejo del lugar de los hechos.

Todas estas premisas, sumadas a otras que se desprenden de los términos de la presente investigación, permiten concluir que en nuestro sistema de administración de justicia penal, no existe la suficiente regulación y control técnico legal de la cadena de custodia de la evidencia, pese a que se reconoce el principio de legitimidad de la prueba como constitutivo del debido proceso.

Para finalizar, reconocemos la amplitud del tema en estudio, su vinculación con institutos de orden constitucional, legal, técnico e incluso filosófico, por lo que se es consciente de las limitaciones que una investigación como ésta presenta y de la gran cantidad de aspectos que no han sido objeto de análisis; pero confiamos en que la importancia procesal que este instituto representa para el respeto de los derechos fundamentales de las personas, en cuanto a la tramitación del proceso penal se refiere, y que en esta investigación se ha pretendido hacer ver, genere un

despertar en el análisis jurídico del tema y continué con el auge y vitalidad que el derecho penal y procesal penal han tenido en Costa Rica en los últimos años.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y tratados:

- ALBARRACÍN (Roberto), Manual de Criminalística, Buenos Aires, editorial Policial, primera edición, 1971.
- ARMIJO SANCHO (Gilbert), Garantías constitucionales, prueba ilícita y la transición al nuevo proceso penal, San José, editorial Colegio de Abogados de Costa Rica, primera edición, 1997.
- ARMIJO SANCHO (Gilbert), La actividad procesal defectuosa, Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, pp. 513 – 543.
- ARMIJO SANCHO (Gilbert), LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), RIVERO SÁNCHEZ (Marcos), Nuevo Proceso Penal y Constitución, San José, editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, 1998.
- BAUMANN (Jürgen), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editorial Ediciones Depalma, tercera edición, 1989.
- BRENES ACUÑA, (Rafael Guido), CHAVARRIA GUZMAN, (Jorge Alberto), y RESCIA CHINCHILLA, (Juan Antonio), Una marca en el hombre. Sistema de clasificación dactilar Henry, Organismo de Investigación Judicial, Archivo Criminal, San José, 1978.

- BRICHETTI (Giovanni), traducido por SENTÍS MELENDO (Santiago), La evidencia en el Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editorial Ediciones Jurídicas Europa – América, primera edición, 1973.
- CABANELLAS (Guillermo), Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, editorial Heliasta S.R.L., Tomo I, décima edición, 1976.
- CAFFERATA NORES (José), La prueba en el proceso penal, Buenos Aires, editorial Ediciones Depalma, segunda edición, 1994.
- CAMACHO NARANJO (Luis), Introducción a la lógica, San José, editorial Tecnológica de Costa Rica, primera edición, 1983.
- CLARIÁ OLMEDO (Jorge), Derecho Procesal, Buenos Aires, editorial Ediciones Depalma, tomo II, primera edición, 1982.
- CONSTAIN MEDINA (Manuel), CONSTAIN CHÁVES (Alberto), Investigación Criminal, Bogotá, editorial Temis Librería, s.n.e. 1963.
- COPI (Irving), Introducción a la lógica, Buenos Aires, editorial Universitaria de Buenos Aires, vigésimo séptima edición, 1984.
- CORTÉS COTO (Ronald), PEREIRA PÉREZ (José M.), La prueba ilícita o espuria en la doctrina, la jurisprudencia constitucional y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, editorial Litografía e Imprenta LIL S.A., primera edición, 44 p.

- DEI MALATESTA FRAMARINO (Nicola), Lógica de las pruebas en materia criminal, Bogotá, editorial Temis, volumen I, primera edición, 1973.
- DELLEPAINE (Antonio), Nueva Teoría de la Prueba, Bogotá, editorial Temis, Séptima Edición, 1972.
- FERRANDINO (Alvaro) PORRAS (Mario A.), La Defensa del Imputado, Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, pp. 283 – 327.
- FLORIAN (Eugenio), De las pruebas penales, Bogotá, editorial Temis, tomo I, tercera edición, 1982.
- FLORIAN (Eugenio), De las pruebas penales, Bogotá, editorial Temis, tomo II, tercera edición, 1982.
- FOX, (Richard), CUNNINGHAM (Carl), Manual para la investigación de la evidencia física y requisita en la escena del crimen, editorial Miranda Associates Inc., s.n.e., 1989.
- GARCÍA RAMÍREZ (Sergio), Derecho procesal penal, México D.F., editorial Porrúa S.A., cuarta edición, 1983.
- GARITA VÍLCHEZ (Ana Isabel) El ministerio público en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal penal moderno: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador Guatemala y Panamá San José, Ilanud, s.n.e., 1991.

- GASPAR (Gaspar), Nociones de criminalística e investigación criminal, Buenos Aires, editorial Universidad, primera edición, 1993.
- HIDALGO MURILLO (José D.), Manual de derecho procesal penal costarricense, San José, editorial Editec Editores S.A., segunda edición, 2000.
- HORGAN (John J.), traducido por VASSEUR WALLS (Alfonso), CAMPOS CONEJO (Francisco), Investigación Penal, México D.F., editorial Continental S.A., primera edición en español, 1982.
- JOSEPH (Alexander) y ALLISON (Harrison), Handbook of crime scene investigation, U.S.A., editorial Allyn and Bacon, INC., primera edición, 1980.
- LEONE (Giovanni), Tratado de Derecho Procesal Penal, traducido por SENTÍS MELENDO (Santiago), Buenos Aires, editorial Ediciones Jurídicas Europa – América, primera edición, volumen II, 1963.
- LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Código de Procedimientos Penales, anotado y comentado, San José, editorial Juricentro, segunda edición, 1991.
- LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, San José, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1998.
- MORA MORA (Luis Paulino), Los Principios Fundamentales que Informan el Código Procesal Penal de 1998. Reflexiones sobre el nuevo Proceso

Penal, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, pp. 3 – 48.

- MORAS MOM (Jorge R.), Manual de derecho procesal penal, Buenos Aires, editorial Abeledo – Perrot, tercera edición, 1993.
- REDONDO GUTIÉRREZ (Carlos Luis), La policía Judicial, Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal, editorial Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A., primera edición, 1996, pp. 329 – 377.
- SVENSSON (Arne), WENDEL (Otto), Métodos modernos de investigación criminal, traducido por MARIÑAS (Francisco), Barcelona, editorial AHR, primera edición, 1956.
- VANDERBOSCH, (Charles G.), Investigación de Delitos, editorial Limusa, México, primera reimpresión, 1984.
- VÉLEZ ÁNGEL (Ángel), Investigación criminal, Bogotá, editorial Temis Librería, segunda edición, 1982.
- VÉLEZ MARICONDE (Alfredo), Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, editorial Lerner, tomo I, segunda edición, 1969.

Revistas:

- ÁLVAREZ HERNÁNDEZ (Frank), COTO MEZA (José F.), La actividad probatoria en el proceso penal costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, No. 80 enero – abril de 1989, pp. 9 – 27.

- BRAVO ÁLVAREZ (Róger), Apreciación de las pruebas en el proceso penal. Revista Judicial, San José, año XLV, No. 47, setiembre de 1989, pp. 55 – 58.
- CAMPOS CALDERÓN (Federico), La cadena de custodia de la evidencia (su relevancia en el proceso penal), Revista Justicia de Paz, San Salvador, año IV, Vol. III., No. 10, setiembre – diciembre de 2001, pp. 75 – 121.
- CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), La prueba indiciaria, Revista Judicial, San José, año III, No. 11, marzo de 1979, pp. 35 – 45.
- FONSECA MONTOYA (Óscar), La prueba indiciaria en el proceso penal. Revista Judicial, año XLV, No. 47, setiembre de 1989, pp. 39 – 45.
- GADEA NIETO (Daniel), Consideraciones sobre la prueba en el proceso penal, Revista Judicial, San José, año XV, No. 50, junio de 1990, pp. 71 – 81.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), Justicia Constitucional y Debido Proceso, Revista de Ciencias Penales, San José, año, 5, No. 8, marzo de 1994, pp. 69 – 86.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ (Daniel), La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, Revista de Ciencias Penales, San José, año, 8, No. 11, julio de 1996, pp. 60- 80-
- KUITKO (Luis A.), Aspectos médico legales de la escena del crimen, Revista Judicial, San José, año III, No. 11, marzo de 1979, pp. 15 – 21.

- PELLEGRINI GRINOVER (Ada), Pruebas ilícitas, Revista de Ciencias Penales, San José, año 7, No. 10, setiembre de 1995, pp. 21 – 27.
- SÁENZ ELIZONDO (María A.), La prueba ilícita en el proceso penal, Revista de Ciencias Penales, San José, año 4, No. 6, diciembre de 1992, pp. 36 – 46.
- SALINAS DURÁN (Edwin), Valoración de la prueba ilícita por el juez penal. Revista Judicial, San José, año XXII, No. 71, abril de 1998.
- ZAMORANO (Abel), Aseguramiento de pruebas: Apuntamientos preliminares, en Revista Anuario de Derecho, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de Investigación Jurídica, año XX, No. 20, 1992, pp. 357 – 380.

Tesis:

- ÁLVAREZ HERNÁNDEZ (Frank), COTO MEZA (José F.), Aportes jurisprudenciales de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al proceso penal. Con énfasis en los medios de prueba documental y testimonial, Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1994, 272 p.
- CASAL PIGA (María Victoria), Importancia de la investigación en la escena de la muerte, para el proceso penal, Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1975, 146 p.

- CÉSPEDES CHINCHILLA (Gustavo), MOLINA VALVERDE (Mauricio), La participación de la policía administrativa en el acopio de la prueba, Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1996, 352 p.
- JIMÉNEZ PADILLA (María), La prueba en el sistema procesal penal costarricense, Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, 207 p.
- MORA ROMERO (Jorge Luis), Cadena y custodia de la prueba, un aporte a la legislación costarricense, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1991, 188 p.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ (Laura), SOLÍS BRAVO (Ana Virginia), La investigación preliminar del Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal, Tesis de grado para optar al título de Licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997, 218 p.
- VELÁZQUEZ CASTRO (Hugo F.), La Prueba Ilegal en el Proceso Penal Costarricense, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, 284 p.

Otros documentos:

- HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo), Cadena y custodia de la evidencia en Costa Rica, Autocapacítese No. 25 año 2000, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, s.n.p.
- GODINEZ VARGAS (Alexander), La apreciación de la prueba en materia laboral. Una contribución al estudio de la jurisprudencia costarricense. Antología para el curso Derecho Laboral II, San José, Universidad de Costa Rica, 2000, pp. 3 – 131.
- ICITAP, Estudios básicos de técnicas investigativas, editorial Miranda Associates Inc., 1988.
- ICITAP, Impresiones digitales. Descripción general de las técnicas de investigación, editorial Miranda Associates Inc., 1988.
- ICITAP, Requisita en la escena del crimen, Curso General de Investigación Criminal, editorial Miranda Associates Inc., 1988.

Conferencias:

- Conferencia del señor Jorge Badilla, Facultad de Derecho, 27 de marzo de 2001.

Constitución Política:

- Constitución Política del 7 de noviembre de 1949, San José, editorial Porvenir S.A., tercera edición, 1998.

Instrumentos Internacionales:

- O.E.A., Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada mediante Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, publicada en La Gaceta No. 62 de 14 de marzo de 1970.
- O.N.U., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante Ley No. 4229 de 11 de diciembre de 1968, s.n.p.
- Tratado Centroamericano sobre recuperación y devolución de vehículos hurtados, robados, apropiados o retenidos ilícita o indebidamente, ratificado mediante Ley No. 7697, publicado en La Gaceta No. 210 de 31 de octubre de 1997.
- O.N.U., Aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado mediante Ley No. 8083 de 7 de febrero del 2001, publicado en La Gaceta No. 56 de 20 de marzo del 2001, art. 70.
- O.E.A., Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, ratificada mediante Ley No. 7934 de 12 de octubre de 1999, publicada en La Gaceta No. 219 de 11 de noviembre de 1999.

Códigos:

- Código Penal, Ley No. 4573 de 4 de mayo de 1970, San José, editorial Porvenir S.A., undécima edición, 1997.
- Código Procesal Penal, Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, primera edición comentada por el Dr. Javier Llobet Rodríguez, 1998.

Leyes:

- Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial. No. 5524 de 7 de mayo de 1974.
- Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. No. 7425 de 1 de agosto de 1994.
- Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades conexas. No. 8204 de 26 de diciembre del 2002.

Circulares:

- Circular No. 17 del 6 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 5 p.
- Circular No. 19 del 6 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 1 p.

- Circular No. 20 del 27 de octubre de 1998, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 2 p.
- Circular No. 35 del 6 de octubre de 1999, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 2 p.
- Circular No. 16 del 15 de junio del 2000, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 4 p.
- Circular No. 30 del 3 de noviembre del 2000, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 1 p.
- Circular No. 8 del 24 de marzo del 2000, Fiscalía General de la República, Ministerio Público, Unidad de Capacitación y Supervisión, 1 p.

Boletines:

- Boletín Jurisprudencial No. 23 del 21 de mayo de 1999, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.
- Boletín Jurisprudencial No. 35 del 21 de julio de 1999, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.
- Boletín Jurisprudencial No. 44 del 21 de julio de 1999, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.

- Boletín Jurisprudencial No. 28 del 23 de junio del 2000, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.
- Boletín Jurisprudencial No. 30 del 26 de junio del 2000, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.
- Boletín Jurisprudencial No. 80 del 25 de noviembre del 2000, Unidad de Capacitación Y Supervisión, Ministerio Público de Costa Rica.

Resoluciones Judiciales:

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 556 de las 14 hr. 10 m. del 20 de marzo de 1991.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1739 de las 11hr. 45 m. del 1 de julio de 1992.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2587, de las 15hr. 39m. del 8 de junio de 1993
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 627 de las 16 hr. 3 m. del 8 de febrero de 1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 4784 , de las 8 hr. 36 m. del 30 de setiembre de 1993.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5966 de las 15 hr. 12m. del 16 de noviembre de 1993.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 3062 de las 15 hr. 9 m. del 13 de junio de 1995.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6824 de las 15 hr. 50 m. del 13 de diciembre de 1995.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2806 de 14 hr. 57 m. del 11 de junio de 1996
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5743 de las 15 hr. 6 m. del 29 de octubre de 1996.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5596 de las 15 hr. 15 m. del 22 de octubre de 1996.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 5917 de las 14 hr. 56 m. del 5 de noviembre de 1996.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 806 de las 12 hr. 24 m. del 6 de febrero de 1997.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 558 de las 15 hr. 9m. del 28 de enero de 1997.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, , No. 3144, de las 10 hr. 27 m. del 6 de junio de 1997

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 724 de las 12 hr. 15 m. del 6 de febrero de 1998.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 1192 de las 8 hr. 30 m. del 19 de febrero de 1999.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 6469 de las 14hr. 33m. del 18 de agosto de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 112 de las 14 hr. 45m. del 27 de marzo de 1991.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 585 de las 08 hr. 45 m. del 1 de noviembre de 1991.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 47 de las 11 hr. del 23 de enero de 1992.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 66 de las 9 hr. 20 m. del 6 marzo de 1992.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 87 de las 09 hr. 15 m. del 20 de marzo de 1992.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 368 de las 8 hr. 55m. del 14 de agosto de 1992.

- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.525 de las 9hr. 45 m. del 6 de noviembre de 1992.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 518 de las 09 hr. 10m. del 14 de setiembre de 1993.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 533 de las 9 hr. 40 m. del 30 de setiembre de 1993.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 33 de las 9 hr. 15 m. del 21 de enero de 1994.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. No. 91 de las 16 hr. 45 m. del 21 de abril de 1994.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 436 de las 9 hr. 20m. del 26 de octubre de 1994.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 456 de las 9 hr. 45 m. del 4 de noviembre de 1994.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 22 de las 9 hr. 20 m. del 20 de enero de 1995.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 548 de las 9 hr. 10m. del 22 de setiembre de 1995.


- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 253 de las 5 hr. 35m del 24 de mayo de 1996.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 312 de las 9 hr. 20m. del 21 de junio de 1996.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 309 de las 11 hr. 50m. del 31 de mayo de 1996.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 672 de las 9 hr. 10 m. del 8 de noviembre de 1996.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 745 de las 9 hr. 25m. del 28 de noviembre de 1996.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 792 de las 15 hr. 55 m. del 7 de agosto de 1997.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 453 de las 9 hr. 45m. del 15 mayo de 1998.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 872 de las 9 hr. 5 m. del 18 de setiembre de 1998.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.970 de las 9 hr. 35 m. del 9 de octubre de 1998.

- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.989 de las 8hr. 50 m. del 16 de octubre de 1998.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 842 de las 8hr. 55 m. del 4 de setiembre de 1998.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 309 de las 10 hr. 32 m del 12 de marzo de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 533 de las 9 hr. 42 m. del 7 de mayo de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.414 de las 9hr. 48 m. del 9 de abril de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 770 de las 9 hr. 5 m. del 25 de junio de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1062 de las 8 hr. 55m. del 26 agosto de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1315 de las 10 hr. 40m. del 15 de octubre de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No.1322 de las 11hr. 15m. del 15 de octubre de 1999.

- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1410 de las 8 hr. 38 m. del 12 de noviembre de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 1539 de las 10 hr. 15 m. del 03 de diciembre de 1999.
- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, No. 291 de las 9hr. 10m. del 17 de marzo del 2000.
- Tribunal Superior de Casación Penal, No. 512 del 01 de setiembre de 1995.
- Tribunal Superior de Casación Penal, No. 330 del 7 de junio de 1996.
- Tribunal Superior de Casación Penal, No. 132 del 23 de abril de 1999
- Tribunal Superior de Casación Penal, No. 497 del 29 de junio del 2000.
- Tribunal Superior de Casación Penal No. 161 del 16 de febrero de 2001.
- Tribunal Superior Cuarto Penal, Sección Segunda, No. 290 de las 8 hr. 45 m del 28 de febrero de 1992.

ANEXO No. 1 FORMULA F23

PODER JUDICIAL
ORGANISMO DE INVESTIGACION POLICIAL
SERVIDOR DE DEFENSA DE OBJETOS Y BIENES DOMINIALES



INVENTARIO DE OBJETOS DECOMISADOS

Causa por *Recurso* A la orden de *Fecha de inicio*

Código No.
Escribo en el estado

CANT.	Descripción (1) (Incluir marca, modelo, número y aparatos extras)	Año	No. de objeto	Sección	Bastante	Comput.	Reten.

(1) La descripción del objeto debe ser correcta y clara, de forma que el mismo sea perfectamente identificable.

NOTA: 1) Se debe incluir en tanto el área afectada del objeto.
2) Incluir la descripción de cada objeto, detalle, en líneas separadas.

Fecha de entrega
Por el Poder Judicial
Por el Poder Judicial
Por el Poder Judicial

ANEXO No. 2

BOLETA DE IDENTIFICACIÓN DE LA EVIDENCIA

ARTICULO:	Nº	EVIDENCIA ORGANISMO INVESTIGACION JUDICIAL
CASO:		
OFENDIDO:		
IMPUTADO:		
DONDE SE LOCALIZO:		
FECHA Y HORA:		
INVESTIGADOR:		

ANEXO No. 3

CADENA DE ACTUACIONES

<p>Nº de Causa _____ Tribunal _____ Juicio por _____ Artículo _____ Decomisado en _____ Fecha _____ hora _____ Imputado _____ Ofendido _____</p>	EVIDENCIA
<p>Entregado por _____ Recibido en _____ Por _____ Fecha _____ hora _____</p> <p>Recibido en _____ Por _____ Fecha _____ hora _____</p> <p>Recibido en _____ Por _____ Fecha _____ hora _____</p> <p>Recibido en _____ Por _____ Fecha _____ hora _____</p> <p>Recibido en _____ Por _____ Fecha _____ hora _____</p>	CADENA DE CUSTODIA

El. Rev. 13/08/2013 - Versión 003/01 - F. 1/03